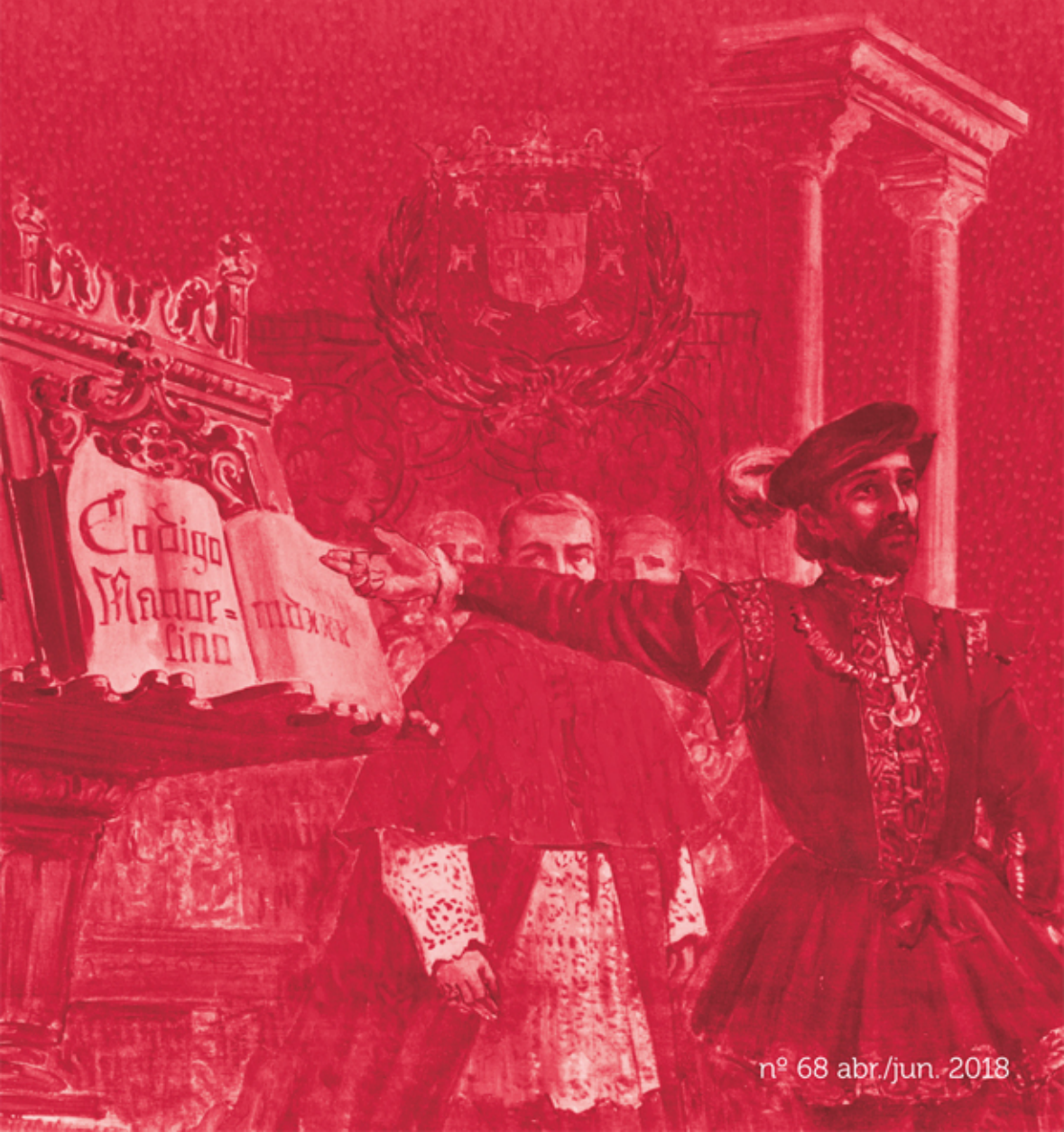


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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

nº 68 abr./jun. 2018

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Carolina Favre
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Thaís Abbês
Revisão Ortográfica

Anderson da Rocha
André Lourenço
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2017 (1 - 66)
2018 (67, 68)

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

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

Leila Machado Costa
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

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

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

Fátima Maria Ferreira Melo
Dirce Ribeiro de Abreu
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Patrícia Silveira da Rosa
Joel Tovil
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Cláudio Soares Lopes
Sumaya Therezinha Helayel
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Flávia de Araújo Ferrer
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Dennis Aceti Brasil Ferreira

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Lilian Moreira Pinho
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

Estamos na 68ª edição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e mantemos o propósito de difundir um periódico sempre dinâmico e funcional. Os múltiplos olhares integrados à publicação têm transformado a Revista em uma fonte de informação útil no plano pragmático e de envergadura no científico.

Na presente edição, a seção Doutrina incursiona no direito processual penal, no direito constitucional, no direito administrativo, no direito civil e processual civil, no empresarial e no direito do consumidor. A respeito do direito processual penal, discute-se a evolução da cooperação judiciária em matéria penal e os acordos de não persecução penal. Na temática envolvendo o direito comunitário e a tutela coletiva, a análise perpassa o microsistema de tutela coletiva e sua interação com o Código de Processo Civil de 2015. No direito constitucional, os estudos avançam na temática da atribuição para propor ADI, apresentando, ainda, um enfoque especial e intrigante sobre transconstitucionalismo. No direito público, o direito administrativo é versado nos contratos administrativos e na preponderância do princípio da moralidade pública. No direito civil e processual civil, os estudos envolvem o Ministério Público e as normas do processo civil brasileiro; no empresarial, a aplicação da *disregard doctrine* em benefício do sócio e os deveres dos administradores das sociedades anônimas, e, no direito do consumidor, a cooperação linguística nas relações contratuais de consumo.

Na seção Observatório Jurídico, são divulgados quatro textos: o primeiro, relativo aos benefícios e privilégios políticos; o segundo, sobre o programa nacional de conversão de multas ambientais emitidas por entidades integrantes do SISNAMA; o terceiro, envolvendo o exercício do direito de voto nas sociedades de acionistas; e, o quarto, a independência do poder dos juízes.

Na seção Peças Processuais e Jurisprudência, foram incluídos temas de indiscutível relevância institucional e social, como conflito de competência, sigilo fiscal, adoção, transexualidade e direito à identidade, crime de calúnia, proteção à saúde, reclamação constitucional, violência doméstica e improbidade administrativa.

O destaque na Memória Institucional desta edição é a trajetória da Procuradora de Justiça Jarcléa Pereira Gomes, primeira mulher a ingressar como membro do Ministério do Estado do Rio de Janeiro.

Na jurisprudência internacional, é divulgado o caso *Cinco Aposentados vs Peru*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, importante julgado no qual a controvérsia analisada incursionou na discussão sobre se o direito à pensão pode ser considerado um direito adquirido e o que isso significa, bem como os parâmetros que se deve levar em conta para quantificar o direito à pensão.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com a versão eletrônica, cujo objetivo é ampliar o acesso, aumentando o diálogo e possibilitando o enriquecimento científico de tantos quantos se dediquem ao estudo do direito.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia <i>Alexander Araujo de Souza</i>	17
O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões <i>Emerson Garcia</i>	39
Aplicação da <i>Disregard Doctrine</i> em Benefício da Pessoa Singular do Sócio <i>Eugênio Rosa de Araújo</i>	43
Do Microssistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015 <i>Fabício Rocha Bastos</i>	57
Pode o Procurador-Geral de Justiça Propor Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal? <i>Hélio Nascimento</i>	133
O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro <i>Hermes Zaneti Jr.</i>	147
Moralidade nos Contratos Administrativos <i>Jessé Torres Pereira Junior</i> <i>Thaís Boia Marçal</i>	211
Deveres dos Administradores das Sociedades Anônimas <i>Jorge Lobo</i>	217
O Transconstitucionalismo: Atualidades Constitucionais <i>Ricardo Diego Nunes Pereira</i>	231
O Princípio da Cooperação Linguística nas Relações Contratuais: uma Análise Semântico-Pragmática à Luz do Direito do Consumidor <i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i>	239

Observatório Jurídico

Brasília, a Versalhes de Luís XVI no Brasil 2018 <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	257
Conversão de Multas Ambientais <i>Jessé Torres</i>	259
Proibição de Voto <i>Jorge Lobo</i>	265
Os Juízes Não Têm Direito à Greve <i>Jorge Miranda</i>	267

Peças Processuais

Pareceres

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 6ª Câmara Criminal. Conflito de Jurisdição. Declínio de competência de juízo criminal em favor do juízo da auditoria militar estadual, decorrente da edição da Lei nº 13.491/2017. Ampliação

do conceito de crime militar. Exegese do artigo 9º e incisos, do Código Penal Militar. Conflito intertemporal de leis penais e processuais penais e seus reflexos nos feitos em andamento. <i>Dennis Aceti B. Ferreira</i>	273
Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Consulta. Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos Contra a Ordem Tributária – GAESF, no qual formula consulta relativa ao posicionamento da Chefia Institucional acerca do acesso, por via administrativa, de dados fiscais de envolvidos em investigações de natureza civil ou criminal, conduzidas pelos órgãos de execução do Parquet estadual. <i>Emerson Garcia</i>	285
Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 2ª Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude. Apelação. Ação de Adoção c/c pedido de lavratura de registro civil de nascimento c/c pedido de tutela antecipada. Casal congolês refugiado, residente no Brasil, que postula a adoção de adolescente congolense, também refugiado, cuja mãe está desaparecida. <i>Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel</i>	299
Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Promotoria de Justiça de Família da Comarca de Mesquita. Pedido de Registro Tardio de Nascimento. Princípio da dignidade da pessoa humana. Transexual. <i>Viviane Alves Santos Silva</i>	313

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória	325
A Eva do Ministério Público do Antigo Estado do Rio de Janeiro: Drª. Jarcléa Pereira Gomes	327

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Petição nº 5.660 / Pará. Penal. Queixa-Crime. Calúnia, difamação e injúria. Imputação que não individualiza as condutas dos querelados. Acusação que se baseia na qualidade de sócios proprietários de empresa de radiodifusão sonora. Não preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Falta de justa causa. Rejeição da queixa-crime quanto a dois querelados. Declinação da competência e envio dos autos ao juízo competente quanto a um querelado. <i>Primeira Turma, 14.3.2017.</i>	343
--	------------

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.293 / Santa Catarina. Constitucional. Proteção à saúde e a pessoas com deficiências. Lei nº 16.285/2013, de Santa Catarina. Assistência a vítimas incapacitadas por queimaduras graves. Alegações diversas de inconstitucionalidade formal. Vícios de iniciativa. Inexistência. Ocorrência de usurpação de competências municipais (art. 30, V) e da União, quanto à autoridade para expedir norma geral (art. 24, XIV, §1º). <i>Plenário, 8.11.2017.</i>	365
--	------------

Reclamação nº 11.949/Rio de Janeiro.Reclamação.Constitucional.Descumprimento de julgado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em mandado de segurança nº 23.036. Determinação de acesso a registros documentais de sessões do Superior Tribunal Militar ocorridas na década de 1970. Inexistência, no paradigma de controle, de restrição às sessões públicas de julgamento. Acesso aos documentos relativos às sessões secretas. Reclamação julgada procedente. *Plenário, 16.3.2017.***381**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 972.163 / Espírito Santo (2016/0224411-5). Penal. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Lesão corporal em Âmbito Doméstico. Dosimetria. Discricionariedade vinculada. Exasperação da pena-base. Valoração negativas dos motivos e das consequências do crime. Fundamentação idônea. Agravo Regimental desprovido. *Quinta Turma, 20.2.2018.* **409**

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.089.836 / Amazonas (2017/0100762-2). Penal e Processual Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Falsificação de documento público. Dosimetria. Alegação de indevida exasperação da pena-base. Pleito de afastamento da circunstância judicial consequências do crime. Vetorial devidamente fundamentada. Aumento proporcional. Decisão mantida. Agravo Regimental não provido. *Quinta Turma, 20.2.2018.* **419**

Jurisprudência Cível

Embargos Declaratórios no Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.573.264 / Paraíba (2015/0301115-5). Processual civil. Embargos declaratórios no Agravo Interno nos embargos de divergência em recurso especial. Improbidade administrativa. Acórdão embargado que, diante das circunstâncias fáticas da causa, considerou adequadas as sanções impostas na origem. Ausência de divergência entre os julgados confrontados, quanto ao Direito Federal aplicável. Pretensão de re julgamento do Recurso Especial. Impossibilidade. Agravo interno improvido. Embargos de Declaração. Alegada violação do art. 1022 do CPC/2015. Vícios inexistentes. Inconformismo. Rejeição dos Embargos de Declaração. *Primeira Seção, 22.2.2018.* **429**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **455**
 Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru **457**

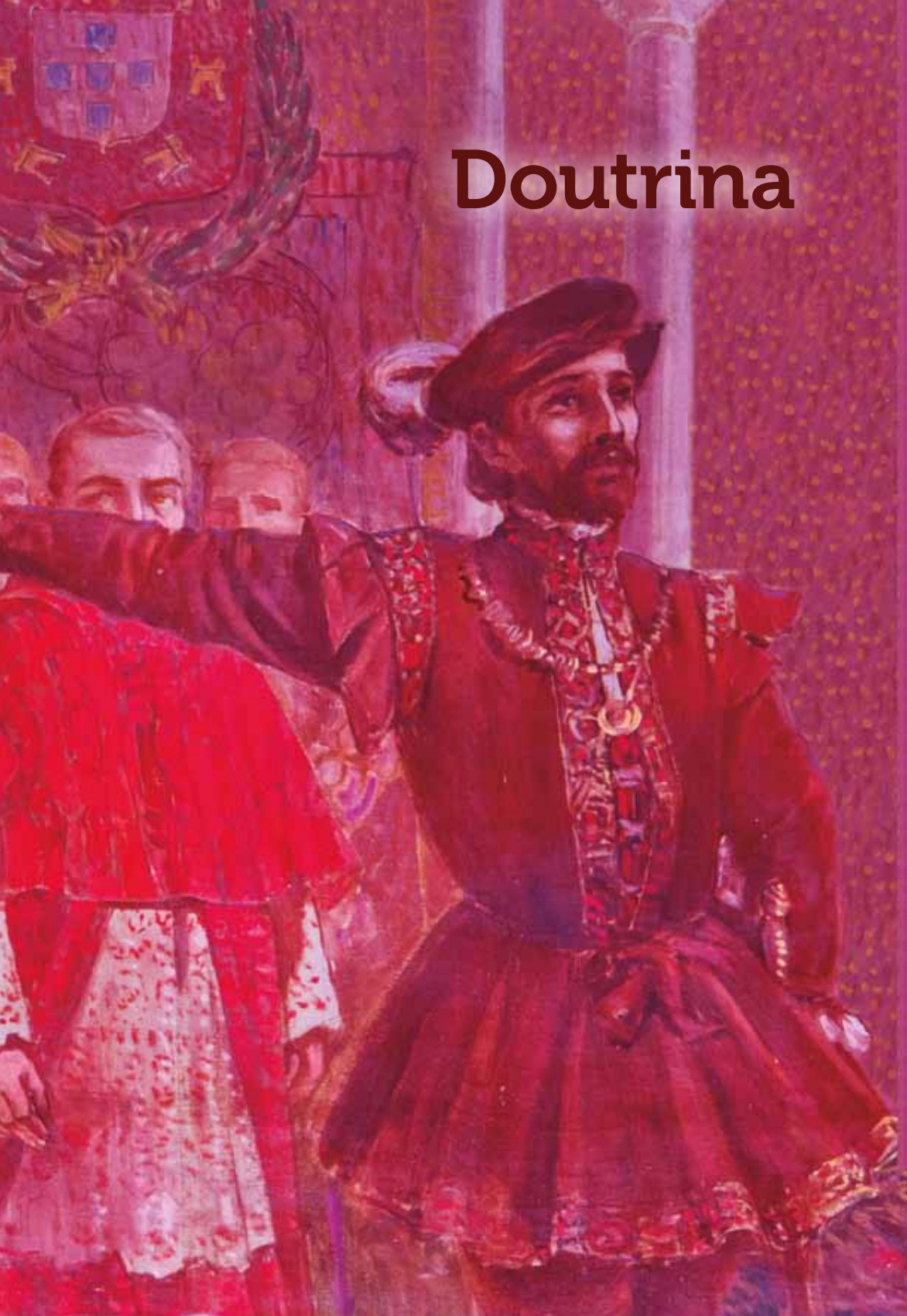
Noticiário

Luciana Sapha toma posse como nova Corregedora-Geral do MPRJ **557**
 MPRJ entrega Medalha Campos Salles em sessão solene **559**
 Inauguração da placa em homenagem ao Ex-Procurador-Geral de Justiça Carlos Antônio Navega **561**
 ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **563**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia

Alexander Araujo de Souza*

Sumário

1. A Cooperação em Matéria Penal no Âmbito da União Europeia, a Criação do Espaço Judiciário Europeu e o Princípio do Reconhecimento Mútuo. 2. Os Principais Instrumentos no Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. 2.1. O Mandado de Detenção Europeu. 2.2. O Mandado Europeu de Obtenção de Provas. 2.3. O Confisco de Bens, Instrumentos e Proventos do Crime. 3. Conclusões. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho analisa a evolução da cooperação judiciária em matéria penal no âmbito da União Europeia, bem como os principais instrumentos por esta introduzidos, que servem a conferir efetividade ao combate à criminalidade organizada transnacional. Tais instrumentos são o mandado de detenção europeu, o mandado europeu de obtenção de provas, bem como o confisco de bens, instrumentos e proventos do crime. Tais instrumentos refletem a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais no espaço judiciário europeu e contribuem, de maneira efetiva, na luta à criminalidade organizada transfronteiriça.

1. A Cooperação em Matéria Penal no Âmbito da União Europeia, a Criação do Espaço Judiciário Europeu e o Princípio do Reconhecimento Mútuo

No âmbito da União Europeia, em razão da ameaça que o fenômeno da criminalidade organizada representa às democracias dos Estados¹, estabeleceu-se como prioridade comum o efetivo combate à criminalidade organizada transnacional². Consequência lógica da adoção de tal prioridade foi a necessidade de desenvolver a

* Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi Roma Tre. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em *Crimen organizado, corrupción y terrorismo* pela *Universidad de Salamanca*. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Neste sentido, ARAUJO DE, A. *Criminalità organizzata*. Minaccia alla democrazia e ai diritti fondamentali. Roma: Aracne, 2016, p.117 s.

² SALAZAR, L. La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia. In: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2004. p.3521; LOMBARDO, L. L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive. In: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p.690.

cooperação em matéria penal³, ainda que na ausência de uma “jurisdição universal”⁴. Entre outros âmbitos, a cooperação em matéria penal tradicionalmente se desenvolveu em matérias de extradição, de reconhecimento de sentenças e de decisões estrangeiras e de colaboração entre organismos de polícia. Nas últimas décadas, porém, tal cooperação viu-se obrigada a expandir-se em proporção direta ao crescimento do fenômeno da criminalidade organizada transnacional⁵.

Com efeito, já em 1970, o Presidente francês Valéry Giscard d’Estaing evocou, pela primeira vez, a criação de um “espaço judiciário europeu”. Em 1975, o Conselho Europeu realizado em Roma decidiu que os Ministros da Defesa dos Estados-Membros deveriam reunir-se periodicamente para discutir propostas sobre a ordem pública e a segurança comum. Em seguida, em 1976, criou-se o primeiro Grupo TREVİ (sigla que advém das palavras terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), que não constituía uma organização de cooperação em matéria penal, mas apenas uma base de cooperação interestatal com o objetivo de melhorar a troca de informações entre os serviços de polícia dos Estados-Membros. No âmbito do Grupo TREVİ criaram-se alguns subgrupos de trabalho, que muito contribuíram no que toca à cooperação em matéria penal. Tais subgrupos, porém, com o advento do Tratado de Maastricht, foram englobados pelo Comitê K4 (cujo nome deriva do art. K4 do Tratado de Maastricht que o regulamentava).

Com o advento do Tratado de Maastricht, firmado em 07 de fevereiro de 1992, houve uma mudança fundamental de perspectiva quanto à cooperação em matéria penal. A cooperação entre os Estados-Membros nos setores de justiça e assuntos internos foi pela primeira vez inserida no quadro institucional e formalizada em uma lista de matérias, compreendendo, entre outras, a cooperação judiciária e de polícia (Título VI, art. K1, pontos 7 e 9). Somente, porém, com o advento do Tratado de Amsterdam, de 1997, foi expressamente prevista a criação de um “espaço comum de liberdade, segurança e justiça” (Título VI, art. 29)⁶.

No Conselho Europeu de Cardiff, de 15/16 de junho de 1998, sublinhou-se “a importância de uma eficaz cooperação judiciária na luta contra a criminalidade transnacional” e que se deveria “potencializar a capacidade dos sistemas jurídicos nacionais para operarem em estreito contato e para requererem ao Conselho em que medida se deva estender o reconhecimento recíproco das decisões dos respectivos tribunais”. Ainda em 1998, foi instituída a Rede Judiciária Europeia (Ação Comum 98/428/JAI), que teve como

³ CORSTENS, G.; PRADEL, J. *European criminal law*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p.42.

⁴ PICOTTI, L. Il campo di applicazione del mandato d’arresto europeo: i reati “in lista” e “fuori lista” e la disciplina della legge italiana di attuazione. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d’arresto europeo*. Dall’extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005. p.40

⁵ MORINI, C. La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all’immigrazione illegale. In: *Studi sull’integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008. p.182.

⁶ Sobre o tema, veja-se GRILLER, S.; DROUTSAS, D. P.; FALKNER, G.; FORGO, K.; NENTWICH, M. *The Treaty of Amsterdam*. Facts, analysis, prospects. New York: Springer, 2000. p.444; MAPELLI MARCHENA, C. La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coordinadores). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004. p.172 s.

objetivo agilizar a cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados-Membros, fornecendo informações jurídicas e burocráticas de que necessitassem na apresentação dos pedidos de cooperação ou na execução das rogatórias.

Poucos meses após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, o Conselho Europeu realizado em Tampere, em outubro de 1999, centrado na efetiva criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, deliberou a respeito de uma série de prioridades e de orientações para que a criação de tal espaço se realizasse no período mais breve possível. De fato, as conclusões do Conselho de Tampere constituem o documento mais incisivo no que toca à cooperação judiciária em matéria penal e ao princípio do reconhecimento mútuo⁷.

Importante, neste contexto, a Decisão 2002/187/JAI, de 28 de fevereiro de 2002, com a qual foi instituída a unidade de cooperação judiciária *Eurojust*. Esta instituição tem como finalidade agilizar e melhorar a coordenação entre as autoridades nacionais responsáveis pelo exercício da ação penal, prestar assistência nas investigações relativas à criminalidade organizada, bem como cooperar com a Rede Judiciária Europeia, a fim de simplificar a execução das rogatórias.

No âmbito da União Europeia houve ainda exemplos de “integração diferenciada”⁸, como a Convenção de Prüm, de 27 de maio de 2005, que dispõe sobre o reforço à cooperação transfronteiriça, especialmente em matéria de luta ao terrorismo, à criminalidade transnacional e à imigração ilegal. Esta Convenção foi estipulada inicialmente entre sete Estados-Membros da União Europeia (Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Holanda e Espanha)⁹, tendo entrado em vigor em 1º de novembro de 2006. Os Estados-Membros pactuantes se colocaram em uma fase de integração, em matéria de cooperação penal e de polícia, mais avançada que os demais. Por este motivo, o Conselho da União Europeia decidiu “unionizar”¹⁰ a Convenção de Prüm, por intermédio da Decisão 2008/615/JAI.

Diante da apertada síntese da evolução da cooperação em matéria penal até aqui exposta, convém precisar qual o seu fundamento. Este consiste precisamente no *princípio do reconhecimento mútuo*, a verdadeira pedra angular da construção do espaço judiciário europeu¹¹. Este princípio se refere à circulação de provimentos jurisdicionais no território da União, de modo a permitir que as decisões emanadas pelas autoridades judiciais de um Estado-Membro sejam reconhecidas reciprocamente em outro Estado-Membro com efeitos idênticos ou, ao menos, análogos¹².

⁷ SALAZAR, L. *La lotta alla criminalità nell'Unione. cit.*, p.3518-3519.

⁸ MORINI, C. *La Convenzione di Prüm. cit.*, p.2000.

⁹ Contudo, outros 8 Estados-Membros (Bulgária, Finlândia, Grécia, Itália, Portugal, Romênia, Eslovênia e Suécia) já haviam expressado a sua vontade em aderir à referida Convenção.

¹⁰ CAGGIANO, G. Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia. In: *Studi sull'integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008. p.112.

¹¹ SALAZAR, L. *La lotta alla criminalità nell'Unione. cit.*, p.3511. No mesmo sentido, considerando o princípio do reconhecimento mútuo como um “Turboprinzip”, SCHÜNEMANN, B. Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker, 2004. p.202.

¹² Neste sentido, MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*. Paris: L.G.D.J., 2005, p.302-303; SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*. Milano:

O princípio do reconhecimento mútuo não se refere somente às sentenças, mas também às decisões proferidas em todas as fases do procedimento penal, antes, durante e depois da sentença condenatória¹³. Assim, em novembro de 2000, com base em indicação do Conselho com relação à “confiança recíproca”, foi adotado o Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais (COM 2000/495).

A atual base jurídica do princípio do reconhecimento mútuo é o art. 82 do Tratado de Lisboa, o qual dispõe que “a cooperação judiciária em matéria penal assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros”.

2. Os Principais Instrumentos no Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia

Com vistas às finalidades a que se propõe o presente trabalho, serão em seguida analisados os principais instrumentos jurídicos relativos à cooperação judiciária e ao princípio do reconhecimento mútuo que se apresentam úteis ao combate à criminalidade organizada transnacional. De fato, na base do mecanismo de funcionamento do espaço de liberdade, segurança e justiça encontra-se, além da aproximação das legislações dos Estados-Membros da União Europeia, o princípio do reconhecimento recíproco das decisões judiciais¹⁴. Reflexos deste princípio são os instrumentos adiante analisados, quais sejam, o mandado de detenção europeu, o mandado europeu de obtenção de provas e o confisco de bens, instrumentos e proventos do crime.

Obviamente, a análise que se segue quanto aos referidos instrumentos jurídicos levará em conta a sua importância no combate ao fenômeno da criminalidade organizada transnacional e na construção de um efetivo espaço judiciário europeu, para efetividade dos quais, como se verá adiante, será necessária, ainda, a instituição da Procuradoria Europeia.

2.1. O Mandado de Detenção Europeu

No que toca à cooperação judiciária penal, um dos principais instrumentos de combate à criminalidade organizada no âmbito da União Europeia é o mandado

Il Sole 24 Ore, 2006. p.66. Sobre o conceito e a história do princípio do mútuo reconhecimento, veja-se BRAUM, S. *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung*. In: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker, 2005, p.681 s.

¹³ TUFANO, M. L. Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto EU e diritto penale. In: *Studi sull'integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008. p.96.

¹⁴ CAGGIANO, G. L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto. In: *Studi sull'integrazione europea*, numero 2, anno II. Bari: Cacucci, 2007. p.367. No mesmo sentido, PANICO, R. C. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di Lisboa. In: BARUFFI, M. C. (*a cura di*). *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni della sua istituzione*. Padova: Cedam, 2008. p.57-58; SIRACUSANO, F. Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, gennaio-marzo 2010. p.118.

de detenção europeu¹⁵. Com efeito, este instrumento substituiu os complexos e longos procedimentos de extradição por um sistema de entrega direta e veloz, entre os Estados-Membros, das pessoas que fogem para outros países a fim de escapar de um processo penal ou de uma condenação. A criação deste instrumento constituiu-se em verdadeiro “tiro certo” das autoridades da União Europeia na luta contra a criminalidade organizada transnacional¹⁶.

No âmbito da União Europeia, o instrumento da extradição foi considerado ineficaz diante da necessidade de se afrontar, de maneira efetiva, a criminalidade organizada¹⁷. De fato, no território europeu, as organizações criminosas se beneficiam da livre circulação de pessoas, bens e serviços e podem se deslocar, juntamente com seus bens, livremente de um Estado a outro. Os Estados-Membros estavam circunscritos, também em matéria de delinquência transnacional, a um procedimento extradicional complexo e burocrático, em relação ao qual há uma enorme insatisfação quanto ao papel exercido pelos poderes políticos¹⁸.

Assim, o Conselho Europeu, reunido em Tampere em 15-16 de outubro de 1999, estabeleceu como objetivo abolir o procedimento formal de extradição entre os Estados-Membros em relação às pessoas condenadas de maneira definitiva por um Estado, as quais se tenham subtraído à justiça, substituindo tal procedimento por uma simples “transferência” das pessoas condenadas. O já referido Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais, adotado pelo Conselho em 30 de novembro de 2000, afrontava diretamente a questão da instituição, no âmbito da União, de um regime fundado no reconhecimento mútuo e na execução imediata dos mandados de detenção emanados pela autoridade requerente.

Desde o início do ano de 2001, a Comissão Europeia havia iniciado os trabalhos destinados à apresentação de um projeto de Decisão-Quadro sobre a instituição do

¹⁵ Neste sentido, KONSTADINIDES, T. The perils of the “europeanisation” of extradition procedures in the EU. Mutuality, fundamental rights and constitutional guarantees. In: *Maastricht journal of european and comparative law*, volume 14, nº 2, 2007. p.198; CANO, M. I. G. La orden de detención europea: ejecución condicionada del mandamiento y concurso de solicitudes y procedimientos. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d’arresto europeo e l’extradizione*. Padova: Cedam, 2004. p.151; NANCLARES, J. M. P. de. La cooperación policial y judicial en la Unión europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la euroorden. In: RODRÍGUEZ, L. Z.; RODRÍGUEZ, C. M.; DÍAZ-SANTOS, M. R. D. (Coordinadoras). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002. p.189; DEL TUFO, M. La doppia punibilità. In: PANSINI, G.; SCALFATI, A. (a cura di). *Il mandato d’arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2005. p.119; CASTILLEJO MANZANARES, R. *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia*. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Madrid: Colex, 2002. p.66; ROZO ACUÑA, E. Globalización del crimen, mandamiento europeo de detención y derechos fundamentales. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d’arresto europeo e l’extradizione*. Padova: Cedam, 2004, 35; ROMANI, M. *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell’Unione europea*. Padova: Cedam, 2009. p.91.

¹⁶ BUZZELLI, S. Il mandato d’arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d’arresto europeo*. Dall’extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005. p.74.

¹⁷ SALAZAR, L. La lunga marcia del mandato d’arresto europeo. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d’arresto europeo*. Dall’extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005. p.13. No mesmo sentido, BAZZOCCHI, V. Il mandato d’arresto europeo e le Corti supreme nazionali. In: *Il diritto dell’Unione europea*, 03/07, anno XII. Milano: Giuffrè, 2007. p.664.

¹⁸ SALAZAR, L. *La lunga marcia del mandato d’arresto europeo*, cit., p.15.

mandado de detenção europeu. Os trágicos eventos de 11 de setembro em Nova York, porém, imprimiram uma forte aceleração ao programa destinado a realizar o princípio do reconhecimento mútuo. Assim, logo em seguida aos atentados, convocou-se de urgência o Conselho JAI, em 20 de setembro de 2001, no qual se concluiu no sentido da instituição do mandado de detenção europeu, que substituiria o sistema de extradição entre os Estados-Membros, pois o procedimento extradição não se adequava ao nível de integração e de confiança mútua entre os Estados-Membros da União Europeia.

Finalmente, em 13 de junho de 2002, aprovou-se a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, relativa ao mandado de detenção europeu e aos procedimentos de entrega entre os Estados-Membros, o que se consubstanciou na primeira grande concretização do princípio do reconhecimento mútuo¹⁹.

Após a instituição do mandado de detenção europeu, muitas foram as dificuldades²⁰ e controvérsias. A Corte Constitucional belga, por exemplo, suscitou questão prejudicial requerendo à Corte de Justiça da União Europeia que se pronunciasse sobre se uma Decisão-Quadro pode obrigar os Estados-Membros a introduzir normas em matéria penal que não sejam relativas aos objetivos de aproximação das legislações nacionais²¹. Em maio de 2007, contudo, a Corte de Justiça confirmou a validade da Decisão-Quadro sobre o mandado de detenção europeu, declarando que esta não tem por objetivo a harmonização dos sistemas penais dos Estados-Membros, mas se limita à aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados relativas à cooperação judiciária em matéria penal²².

¹⁹ Neste sentido, APRILE, E. *Diritto processuale penale europeo e internazionale*. Padova: Cedam, 2007. p.27; DI MARTINO, A. Princípio de territorialidade e protezione dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In: Calvano, R. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2007. p.76; IUZZOLINO, G. Il mandato d'arresto europeo. In: *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 2006. p.12; ROMANI, M. *Servizi di polizia internazionale*, cit., p.91; SALAZAR, L. La costruzione di uno spazio penale comune europeo. In: GRASSO, G.; SICURELLA, R. (a cura di). *Lezioni di diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 2007. p.428; SATZGER, H.; ZIMMERMANN, F. From traditional models of judicial assistance to the principle of mutual recognition: new developments of the actual paradigm of the european cooperation in penal matters. In: INTERNATIONAL INSTITUTE OF HIGHER STUDIES IN CRIMINAL SCIENCES (a cura di). *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*. Padova: Cedam, 2008. p.343.

²⁰ Sobre as dificuldades práticas iniciais do mandado de detenção europeu, veja-se GARCÍA SÁNCHEZ, B. Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión europea, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LX. Madrid: Ministerio de Justicia, 2007, p.315 s.

²¹ No julgamento nº 124/2005, de 13 de julho de 2005, *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, a Corte Constitucional belga suscitou as seguintes questões prejudiciais: "1. *La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres est-elle compatible avec l'article 34, paragraphe 2, point b), du Traité sur l'Union européenne, selon lequel les décisions-cadre ne peuvent être arrêtées qu'aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres?*; 2. *L'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, en tant qu'il supprime le contrôle de l'exigence de la double incrimination pour les infractions qui y sont mentionnées, est-il compatible avec l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe de légalité en matière pénale et avec le principe d'égalité et de non-discrimination garantis par cette disposition?*".

²² Corte de Justiça, decisão de 03 de maio de 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*. Sobre o tema, veja-se CALVANO, R. Mandato d'arresto e problemi costituzionali in relazione alla giurisdizione della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35 TUE. In: CALVANO, R. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2007. p.23 s.; MAZZIOTTI DI CELSO, M. Mandato di arresto europeo, natura delle decisioni-quadro e principio di eguaglianza. In: CALVANO, R. (a cura di). *Legalità costituzionale*

Segundo a definição do art. 1º, parágrafo 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, o mandado de detenção europeu consiste em uma decisão judiciária emanada por uma autoridade de um Estado-Membro (Estado de emissão), cuja eficácia é reconhecida em outro Estado-Membro (Estado de execução), no qual pode encontrar-se a pessoa procurada, com a finalidade de execução de uma condenação penal ou de um provimento cautelar restritivo da liberdade pessoal²³. Com a introdução do mandado de detenção europeu desaparece totalmente o papel decisional por parte do Poder Executivo e, com isso, qualquer resquício de discricionariedade política²⁴. Deste modo, a “jurisdicionalização” do mandado de detenção resultou na abolição do filtro político existente no procedimento de extradição.

A Decisão-Quadro que instituiu o mandado de detenção europeu adveio da necessidade premente de combater o terrorismo internacional. Convém salientar, contudo, que o primeiro delito constante da lista da Decisão-Quadro é o de “participação numa organização criminosa”. Além disso, entre os 32 delitos previstos na Decisão-Quadro que permitem a expedição do mandado (art. 2º, parágrafo 2), vários deles se referem àqueles praticados por organizações criminosas transnacionais, tais como: tráfico de seres humanos; exploração sexual de crianças e pornografia infantil; tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, munições e explosivos; corrupção; fraudes, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias; branqueamento dos produtos do crime; falsificação de moeda; cibercriminalidade; crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies vegetais ameaçadas; tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos; tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte; e contrafação e piratagem de produtos. Convém precisar que tal lista se refere a delitos já objeto de harmonização ou em curso de harmonização²⁵, a nível europeu ou internacional.

Várias são ainda as inovações introduzidas pela Decisão-Quadro do mandado de detenção europeu que contribuem decididamente ao combate às organizações criminosas. Em primeiro lugar, a abolição do requisito da dupla incriminação (art. 2º, parágrafo 2), que já tinha sido previsto na Convenção relativa à extradição entre os membros da União Europeia, de 1996, relativamente ao delito de organização criminosa²⁶. Não obstante as críticas da doutrina no que toca à não exigência do

e mandato d'arresto europeo. Napoli: Jovene, 2007. p.03 s.; GATTINARA, G. Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia. In: *Il diritto dell'Unione europea*, nº 01/08, anno XIII. Milano: Giuffrè, 2008. p.183-199; GARBAGNATI KETVEL, M. G. La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i “pilastri” dell'Unione europea? In: *Il diritto dell'Unione europea*, 02/07, anno XII. Milano: Giuffrè, 2007. p.419 s.

²³ PICOTTI, L. *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo*, cit., p.128-129.

²⁴ SALAZAR, L. *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, cit., p.16. No mesmo sentido, VON HEINTSCHEL-HEINEGG, B.; ROHLFF, D. Der Europäische Haftbefehl, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker, 2003, p.46.

²⁵ DAMATO, A. Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II). In: *Il diritto dell'Unione europea*, 02/05, anno X. Milano: Giuffrè, 2005. p.218.

²⁶ Sobre o tema, veja-se VALLINI, A. Il superamento della clausola della “previsione bilaterale del fatto” nell'extradizione per i reati di criminalità organizzata. In: FRANCESCO, G. de (*a cura di*). *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*. Torino: Giappichelli, 2001, p.117 s.

princípio da dupla incriminação, afirmando representar transgressão a diversas garantias fundamentais²⁷, deve-se considerar que os delitos previstos na “lista positiva”, que possibilitam a expedição do mandado europeu de detenção, já foram objeto de harmonização em nível de direito europeu²⁸. Além disso, preserva-se o interesse da União em evitar que, no caso de delitos graves, os diferentes *standards* de incriminação dos Estados-Membros determinem áreas de impunidade que possam vulnerar o espaço de liberdade, segurança e justiça²⁹.

Outras novidades positivas e que tornam eficaz o combate à criminalidade organizada são a superação da proibição de entrega dos cidadãos nacionais de um Estado-Membro (art. 5º, parágrafo 3) e a eliminação da proibição de entrega por crimes políticos, os quais impedem a possibilidade de manipulação por parte dos governos pouco democráticos dos Estados-Membros, que poderiam, em tese, favorecer integrantes de organizações criminosas por razões políticas ou econômicas³⁰.

Não obstante sua eficácia no combate à criminalidade organizada transnacional, deve-se vislumbrar o mandado de detenção europeu também como instrumento de garantia dos direitos de liberdade dos cidadãos³¹. A intervenção jurisdicional não se destina apenas a verificar a existência dos pressupostos necessários à entrega. Os órgãos jurisdicionais também possuem o dever de assegurar que cada indivíduo procurado mantenha íntegros seus direitos fundamentais. Neste particular, dispõe o art. 1, parágrafo 3, da Decisão-Quadro 2002/584 sobre a obrigação de respeito aos direitos fundamentais e aos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6 do Tratado da União Europeia.

Todos os 27 países da União Europeia adotaram as respectivas leis de atuação relativamente ao mandado de detenção europeu³². Por sua vez, foram extremamente positivas as conclusões do primeiro balanço da Comissão Europeia, de 23 de fevereiro

²⁷ Neste sentido, MAZZIOTTI DI CELSO, M. *Mandato di arresto europeo, cit.*, p.19-21; SORRENTINO, F. *Legalità dei reati e mandato d'arresto europeo tra principi costituzionali nazionali e principi fondamentali europei, in: CALVANO, R. (a cura di). Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo.* Napoli: Jovene, 2007, p.19-21.

²⁸ SALAZAR, L. *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo, cit.*, p.18.

²⁹ AMICIS, G. de; IUZZOLINO, G. *Guida al mandato d'arresto europeo.* Milano: Giuffrè, 2008. p.14. Com relação à Convenção de 1996, sobre a extradição entre os Estados-Membros, veja-se DE FRANCESCO, G. *Le sfide della politica criminale, cit.*, p.59; PICOTTI, L. *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). Mandato d'arresto europeo.* Dall'extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005. p.61.

³⁰ LATTANZI, G. *Prefazione. In: AMICIS, G. de; IUZZOLINO, G. Guida al mandato d'arresto europeo.* Milano: Giuffrè, 2008. p.XI.

³¹ CASTILLEJO MANZANARES, R. *El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione.* Padova: Cedam, 2004. p.126. No mesmo sentido, BUZZELLI, S. *Il mandato d'arresto europeo, cit.*, p.102-103; CUERDA RIEZU, A. *De la extradición a la "euro orden" de detención y entrega.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003. p.105-106; CONFALONIERI, A. *La sfera dei diritti del soggetto interessato dal mandato di arresto europeo. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione.* Padova: Cedam, 2004. p.272.

³² Para uma consulta às leis de atuação dos 27 países da União Europeia veja-se PECORELLA, G.; MATTEIS, F. de (a cura di). *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE.* Milano: Giuffrè, 2008. Veja-se, ainda, na doutrina, BARBE, E. *L'attuazione della decisione-quadro negli altri paesi dell'Unione europea. In: CHIVARIO, M.; DE FRANCESCO, G.; MANZIONE, D.; MARZADURI, E. (a cura di). Il mandato di arresto europeo.* Torino: Utet, 2006, p.37 s.

de 2005 (COM 2005/63), sobre o mandado de detenção europeu: até o mês de setembro de 2004 (portanto, na primeira fase de aplicação do novo procedimento), foram emitidos 2603 mandados de detenção, que permitiram a detenção de 653 pessoas no território da União Europeia, com uma drástica redução do tempo de entrega, passando de uma média de 9 meses do procedimento de extradição a uma média de apenas 43 dias com o mandado europeu. O sucesso do instrumento se confirmou no segundo balanço da Comissão, de 11 de julho de 2007, o qual constatou que durante todo o ano de 2005 foram emitidos quase 6900 mandados por 23 Estados-Membros, o que permitiu localizar e deter cerca de 1770 pessoas. Já no ano de 2006, foram emitidos 5832 mandados e detidas 1456 pessoas.

O mandado de detenção europeu foi ainda objeto de aperfeiçoamento por parte de alguns Estados europeus. Em 15 de dezembro de 2005, foi firmada uma Convenção entre Dinamarca, Finlândia, Islândia, Suécia e Noruega, instituindo o “mandado de detenção nórdico”, que prevê entregas ainda mais rápidas e eficazes obtidas mediante redução dos casos de entrega facultativa e prazos ainda mais breves do que os previstos em relação ao mandado de detenção europeu³³.

Conclusivamente, não há dúvidas de que o mandado de detenção europeu constitua um notável instrumento que confere eficácia ao combate à criminalidade organizada transnacional no âmbito da União Europeia. Os resultados advindos da instituição deste instrumento demonstram como muitas outras reformas fundamentais relativamente ao combate à criminalidade organizada podem ainda ser realizadas. Isto sem que se tenha de dar uma solução definitiva ao problema da inexistência de um direito penal e um processo penal completamente “unionizados”³⁴.

2.2. O Mandado Europeu de Obtenção de Provas

Outro instrumento essencial no combate à criminalidade organizada transnacional, no âmbito da cooperação em matéria penal, consiste no mandado europeu de obtenção de provas³⁵. De fato, na luta à delinquência transfronteiriça, é de fundamental importância reforçar a cooperação na aquisição de provas em matéria penal, o que é decisivo para a eficiência das investigações e processos.

O objetivo do mandato europeu de obtenção de provas é a substituição do sistema de assistência judiciária com relação a objetos, documentos e dados obtidos em razão de provimentos judiciais relativos a medidas processuais³⁶. Trata-se de um significativo instrumento no que toca à atuação do princípio do reconhecimento mútuo, remontando à Conclusão nº 36 do Conselho de Tampere de 1999, a qual

³³ Neste sentido, veja-se MANZIONE, D. *Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?* In: CHIVARIO, M.; DE FRANCESCO, G.; MANZIONE, D.; MARZADURI, E. (a cura di). *Il mandato di arresto europeo*. Torino: Utet, 2006. p.35.

³⁴ ROSI, E. *L'elenco dei reati nella decisione-quadro sul mandato di arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore altro l'ostacolo*, in: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione*. Padova: Cedam, 2004, p.85.

³⁵ SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale*, cit., p.222; MANZIONE, D. *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit. p.34.

³⁶ MANZIONE, D. *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., p.34.

disponha que “as provas legalmente obtidas pelas autoridades de um Estado-Membro deverão ser admissíveis perante os tribunais dos outros Estados-Membros, tendo em conta as normas neles aplicáveis”. Também o Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais indica como objetivo, em relação às decisões para efeitos de obtenção de provas, “assegurar a admissibilidade das provas, evitar o seu desaparecimento e facilitar a execução das decisões de busca e apreensão, a fim de garantir a obtenção rápida dos meios de prova no âmbito de um processo penal”.

A proposta de Decisão-Quadro relativa ao mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais foi apresentada pela Comissão em 14 de novembro de 2013 (COM 2003/688). Contudo, somente em 18 de dezembro de 2008, após anos de negociação e de um complicado acordo político, por ocasião do Conselho de 01-02 de junho de 2006, adotou-se a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, cujo resultado final estava seguramente aquém das ambições propostas pela Comissão Europeia³⁷. O objetivo declarado da Comissão era fazer deste ato uma primeira etapa com vistas à extensão do mandado também aos meios de prova processualmente não preexistentes, mas que possam ser diretamente adquiridos (como interrogatórios, interceptações, análises bancárias), ou mesmo meios de prova que, apesar de preexistentes aos atos processuais, necessitem de análises ulteriores (como amostras de DNA e perícias em geral)³⁸.

De acordo com a definição da Decisão-Quadro 2008/978/JAI, o mandado europeu de obtenção de provas é uma decisão judiciária emitida por uma autoridade competente de um Estado-Membro, tendo em vista a obtenção de objetos, documentos e dados de outro Estado-Membro, para utilização no âmbito dos processos, com base no princípio do reconhecimento mútuo (art. 1º, parágrafos 1 e 2). O objetivo do mandado, portanto, é a aquisição de elementos de prova produzidos ou que se encontrem em um Estado-Membro (o Estado de execução), de modo que estes sejam reconhecidos no Estado de emissão do mandado com efeitos idênticos ou, ao menos, análogos.

Uma importante novidade introduzida se refere à definição de “autoridade de emissão”, que pode ser um órgão jurisdicional ou um membro do Ministério Público (art. 2º, c), podendo também estes últimos recusar a execução do mandado (art. 13º, parágrafo 2). A previsão dos membros do Ministério Público como autoridades de emissão constitui uma importante inovação no combate à criminalidade organizada, pois na maior parte dos ordenamentos europeus é o Ministério Público quem coordena as investigações preliminares, contando com Procuradorias antimáfia e anticorrupção. E também pelo fato de o Ministério Público suportar o ônus processual probatório, deveras dificultoso nos delitos de organização criminosa³⁹. Por outro lado, esta previsão

³⁷ SALAZAR, L. *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, cit., p.429.

³⁸ MANZIONE, D. *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., p.34.

³⁹ GALGANI, B. La disciplina probatoria nei processi di criminalità organizzata: l'intimidazione del testimone. In: DE FRANCESCO, G. (a cura di). *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*. Torino: Giappichelli, 2001. p.85.

potencializa também a futura instituição da Procuradoria Europeia, que poderá contar com um melhor aparato na obtenção de elementos de prova no que toca aos fatos criminosos objeto de suas investigações.

Como se afirmou, tal qual regulado pela Decisão-Quadro 2008/978/JAI, o mandado se aplica somente às provas pré-constituídas, ou seja, à aquisição de objetos, documentos e dados obtidos por intermédio da execução de perquisições e sequestros (art. 4º, parágrafo 1, e art. 7º). Portanto, não pode ser emitido para o cumprimento de uma atividade investigativa de tipo dinâmico⁴⁰. Não seria admissível, portanto, em relação a testemunhos, interrogatórios, interceptações, exames físicos, análise de documentos, objetos ou dados, salvo se já estiverem em poder da autoridade de execução antes da emissão do mandado (art. 4º, parágrafo 2). Para a aquisição destes meios de prova, destarte, encontra aplicação a Convenção relativa à assistência judiciária em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, de 29 de maio de 2000.

Deve-se sublinhar, porém, que com relação aos provimentos de bloqueio ou de sequestro com finalidade probatória, a fim de prevenir atos de destruição, transformação, transferência ou alienação de meios de prova, aplica-se a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, à qual faz expressa referência a Decisão-Quadro relativa ao mandado de obtenção de provas.

No campo da efetividade na luta à criminalidade organizada transnacional, uma semelhança do mandado de obtenção de provas com o mandado de detenção europeu se refere ao fato de a execução do mandado não ser subordinada à verificação da dupla incriminação, caso não seja necessário efetuar uma busca e apreensão (art. 14º, parágrafo 1). Se necessária, contudo, a busca e apreensão para a execução do mandado de obtenção de provas, existe a previsão de uma “lista positiva” de 32 delitos – com poucas modificações em relação à lista positiva do mandado de detenção –, os quais não são em caso algum objeto da verificação de dupla incriminação (art. 14º, parágrafo 2). Este abandono da dupla incriminação representa um grande avanço na cooperação judiciária em matéria penal⁴¹. De fato, a recusa em executar o mandado de obtenção de provas com base no princípio da dupla incriminação não é compatível com o princípio do reconhecimento mútuo e, portanto, não deve constituir jamais um motivo válido para recusar a sua execução⁴². As críticas da doutrina, todavia, são as mesmas em relação à abolição da dupla incriminação com relação ao mandado de detenção europeu⁴³.

Sob o aspecto garantista, também se faz necessária uma aproximação das normas processuais penais dos Estados-Membros, no que toca à aplicação do mandado de obtenção de provas. De fato, os diferentes níveis de garantias processuais relativas à admissão ou à exclusão dos meios de prova e também em razão da ilicitude destes, podem conduzir a um rebaixamento do *standard* garantista no âmbito da União

⁴⁰ SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale*, cit., p.221.

⁴¹ AMICIS, G. de; IZZOLINO, G. *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., p.13.

⁴² SPEZIA, F. *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, cit., p.222.

⁴³ Veja-se, neste sentido, SATZGER, H.; ZIMMERMANN, F. *From traditional models of judicial assistance*, cit., p.359.

Europeia. Com efeito, as provas poderiam ser produzidas na fase de investigação preliminar em um sistema processual com um baixo *standard* de proteção e serem introduzidas na fase processual de outro sistema processual⁴⁴. Portanto, apesar de a Decisão-Quadro se referir ao respeito aos direitos fundamentais e à observância dos princípios constantes da Carta de direitos fundamentais da União Europeia (art. 1º, parágrafo 3), mostra-se imperiosa a harmonização das normas processuais, com a finalidade de se estabelecer um mínimo denominador comum do direito processual europeu⁴⁵, capaz de assegurar o integral respeito às garantias individuais.

Mas a regulamentação do mandado europeu de obtenção de provas sofreu alterações recentemente. Em 11 de novembro de 2009, a Comissão já havia apresentado um Livro verde “sobre a obtenção de provas em matéria penal entre os Estados-Membros e sobre a garantia de sua admissibilidade” (COM 2009/624). O objetivo era o de consultar os Estados-Membros com relação à possibilidade de ir além do atual sistema, de modo a incluir provas como declarações de investigados ou de testemunhas ou informações adquiridas em tempo real (como interceptações e o controle de movimentações bancárias), bem como provas que, apesar de já existirem, não são diretamente disponíveis sem ulteriores exames ou investigações.

Contudo, em 20 de janeiro de 2016, o Regulamento 2016/95 revogou expressamente a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, relativa ao mandado europeu de obtenção de provas. A partir de 22 de maio de 2017, a matéria será regulada por intermédio de Diretiva da Direção Europeia de Investigação, a qual, espera-se, vá além do que estabelecia a Decisão-Quadro revogada, para o bem do efetivo combate às organizações criminosas transnacionais.

2.3. O Confisco de Bens, Instrumentos e Proventos do Crime

De decisiva importância no combate à delinquência organizada transfronteiriça é ainda o confisco de bens, instrumentos e proventos do crime⁴⁶. Não há dúvidas de que a individualização, o sequestro e o ulterior confisco dos proventos ilícitos do crime constituem o golpe mais duro e eficaz nas organizações criminosas, pois a motivação fundamental destas é o lucro. Decerto, se é possível substituir facilmente um membro de uma organização criminosa, não é igualmente fácil readquirir os capitais ilícitamente obtidos e os poderes que destes derivam. Além disso, o ataque patrimonial impede o investimento dos proventos ilícitos na economia legal e, conseqüentemente, a infiltração das organizações criminosas no mercado⁴⁷.

⁴⁴ SATZGER, H.; ZIMMERMANN, F. *From traditional models of judicial assistance*, cit., p.359.

⁴⁵ GAITO, A. *Procedura penale e garanzie europee*, cit., p.11.

⁴⁶ Neste sentido, SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale*, cit., p.201; IUZZOLINO, G. *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro o confisca*. In: *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 2006. p.33; MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale*, cit., p.393.

⁴⁷ MAUGERI, A. M. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato* (disponível on line nel sito <<http://www.lex.unict.it/eventi/s200107/maugeri.pdf>>). No mesmo sentido, CARBONE, M.; TOLLA, M. *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit., p.229; CESONI, M. L.; VON ZWEHL, K. *La Suisse, ou l'incrimination de l'organisation criminelle comme protection de la place financière*. In: CESONI, M. L. (sous la direction de). *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitios juridiques*. Paris: LGDJ, Genève-Georg, Bruxelles-Bruylant, 2004. p.295.

Cuida-se de outra possível aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais com o escopo de simplificar a assistência jurídica entre os Estados-Membros no setor dos sequestros e confiscos interestatais, matéria tradicionalmente regulada por intermédio da rogatória⁴⁸. De fato, a atuação dos proventos de confisco nas relações entre autoridades judiciais dos diferentes Estados-Membros da União constitui um dos parâmetros decisivos para se verificar o grau de cooperação interestatal nas ações de combate às formas ilícitas de acumulação de riqueza⁴⁹.

A Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de substâncias estupefacientes e psicotrópicas foi o primeiro documento que, a nível internacional, previu a medida de confisco dos proventos ilícitos para o combate da criminalidade transnacional⁵⁰. Cuidou-se de verdadeira inovação, pois tal medida não tinha sido contemplada pelas precedentes Convenções da ONU, com exceção do confisco das próprias substâncias entorpecentes⁵¹. O art. 5º da Convenção prevê que cada Estado-Parte deva adotar as medidas necessárias ao confisco dos proventos do crime, bem como as medidas provisórias a estas funcionais, tais como a identificação, o bloqueio e o sequestro de tais bens. O objetivo da Convenção, portanto, era modificar o que previa os ordenamentos dos Estados-Partes, de modo a introduzir a obrigatoriedade do confisco também em relação aos proventos dos delitos⁵².

A nível europeu, em novembro de 1990, foi firmada em Estrasburgo a Convenção sobre lavagem de dinheiro, busca e apreensão e confisco dos produtos do crime com o escopo de facilitar a cooperação internacional no que toca à assistência investigativa em relação ao confisco dos proventos de quaisquer espécies de crime, especialmente os de particular gravidade, como o tráfico de drogas, o tráfico de armas, os delitos conexos ao terrorismo, bem como aqueles que gerem ingentes proventos. A Convenção define o confisco como uma sanção ou medida, determinada por uma autoridade judiciária a partir de um procedimento por um ou mais crimes, que consiste na privação de um bem (art. 1º, d). Com esta definição, excluem-se os confiscos de tipo administrativo. Não existe, porém, uma limitação do confisco em relação aos proventos derivados de determinados delitos. Ao contrário, a Convenção deixa aos Estados-Partes a possibilidade de restringir a sua aplicação a determinada categoria de delitos (art. 2º, parágrafo 2)⁵³. O art. 3º da Convenção, contudo, impõe aos Estados a adoção de medidas que permitam identificar e perseguir os bens passíveis de confisco, bem como medidas que previnam a transferência ou a disposição de tais bens, o que não admite reservas pelos Estados-Partes. A Convenção de Estrasburgo, portanto, foi um importante passo em relação à cooperação judiciária em matéria penal, sobretudo no que toca ao ataque patrimonial aos bens ilícitos amealhados pelas organizações criminosas transnacionais.

⁴⁸ IUZZOLINO, G. *Il congelamento dei beni*, cit., p.30-31.

⁴⁹ SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale*, cit., p.201.

⁵⁰ CARBONE, M.; TOLLA, M. *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit., p.68-69.

⁵¹ SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale*, cit., p.204.

⁵² MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale*, cit., p.372.

⁵³ Segundo M. CARBONE, M. TOLLA, o escopo deste sistema era assegurar a mais ampla adesão possível ao tratado (*Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit., p.85).

Em julho de 2003, adotou-se em âmbito europeu a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, que regulamenta o reconhecimento e a execução, no território de um Estado-Membro, dos provimentos emitidos por uma autoridade de outro Estado-Membro, que disponham sobre o bloqueio ou sequestro de bens com finalidade probatória ou para o sucessivo confisco, no curso de um procedimento penal. Portanto, dúplice é o seu campo de aplicação: o bloqueio ou sequestro com finalidade probatória ou com finalidade do consecutivo confisco. Segundo o disposto na Decisão-Quadro, no conceito de bloqueio ou de sequestro de bens entram os provimentos adotados com o escopo de impedir provisoriamente a destruição, transformação, o deslocamento, a transferência ou a alienação de um bem que possa constituir objeto de confisco ou consubstanciar uma prova no curso de um procedimento criminal (art. 2º, c). Também na referida Decisão-Quadro se superou a verificação da dupla incriminação, seguindo o sistema já utilizado em relação ao mandado de detenção europeu (art. 3º, parágrafo 2). Desta maneira, a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, além de consolidar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, confirmou a importância assumida pelos instrumentos de coerção patrimonial na repressão à criminalidade organizada transnacional⁵⁴.

No âmbito da União Europeia, contudo, é a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro de 2005, que regulamenta o confisco de bens, instrumentos e proventos do crime, visando, de maneira expressa, a uma eficaz ação de prevenção e combate à criminalidade organizada⁵⁵. Houve ainda a integração, por parte da referida Decisão-Quadro, do que dispõe a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, esta concernente à lavagem de dinheiro⁵⁶. Isto foi feito com o objetivo de garantir uma regulamentação ainda mais eficaz no âmbito da União Europeia no que diz respeito ao confisco de bens de pessoas que integrem organizações criminosas⁵⁷.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI, além de prever o confisco total ou parcial dos instrumentos ou proventos dos crimes ou de bens cujo valor corresponda a tais proventos, neste último caso, referindo-se ao confisco “pelo equivalente” (art. 2º), também previu expressamente o confisco dos bens de pessoas condenadas por crimes cometidos no âmbito de uma organização criminosa, tais como a falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de seres humanos, favorecimento ao ingresso ou permanência ilegal de estrangeiros, tráfico ilícito de entorpecentes e favorecimento e exploração à prostituição e à pornografia infantil (art. 3º).

Finalmente, em 06 de outubro de 2006, foi adotada a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de confisco. O objetivo declarado da referida Decisão-Quadro foi facilitar a cooperação entre os Estados-Membros em matéria de reconhecimento mútuo em relação à execução das decisões de confisco de proventos do crime, de modo que um Estado-Membro

⁵⁴ MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, cit., p.393. No mesmo sentido, IZZOLINO, G. *Il congelamento dei beni*, cit., p.33.

⁵⁵ Consoante o considerando nº 1 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

⁵⁶ CARBONE, M.; TOLLA, M. *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit., p.213.

⁵⁷ MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, cit., p.397.

reconheça e execute, em seu próprio território, as decisões de confisco prolatadas por um Juiz ou Tribunal competente de outro Estado-Membro. Esta normativa conecta-se, de maneira estrita, à Decisão-Quadro 2005/212/JAI, a qual se destina a assegurar a todos os Estados-Membros normas eficazes para os casos nos quais seja previsto o confisco dos proventos do crime, bem como no que se relaciona ao ônus da prova relativamente à origem, lícita ou não, dos bens sequestrados de uma pessoa condenada por pertencer a uma organização criminosa, ou por um delito conexo a uma organização criminosa. A respeito deste aspecto, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI prevê a mesma lista positiva de 32 delitos já constante dos outros instrumentos que se relacionam ao princípio do reconhecimento mútuo, vale dizer, o mandado de detenção europeu e o mandado europeu de obtenção de provas, excluindo também a exigência de dupla incriminação (art. 6º, parágrafo 1).

Como se pode constatar, existe uma precisa regulamentação a respeito do confisco de bens, instrumentos e proventos do crime no âmbito do espaço judiciário europeu, seja no que se refere ao crime de lavagem de dinheiro, seja no que toca a outros delitos de particular gravidade. A normativa emanada da União Europeia, sobretudo a Decisão-Quadro 2005/212/JAI e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, representa, neste particular, um maciço aparato destinado a favorecer o combate à criminalidade organizada transnacional, de maneira a retirar os bens ilícitos do poder dos criminosos, impedindo, assim, sua infiltração na economia legal e na política.

3. Conclusões

1. A União Europeia, com a força de suas instituições, e com a função de articular o espaço judiciário europeu, possui um papel decisivo no que toca ao combate à criminalidade organizada transnacional, capaz de frear esta ameaça à democracia dos Estados-Membros europeus;

2. A estratégia específica da União Europeia no que toca ao combate à criminalidade organizada transnacional parte de duas principais linhas diretrizes, quais sejam, a harmonização da legislação penal e processual penal dos Estados-Membros, bem como o reforço da cooperação interestatal em matéria penal, baseada esta no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais;

3. Relativamente à cooperação em matéria penal, esta, ao longo do tempo, viu-se obrigada a aumentar em proporção direta ao crescimento do fenômeno da criminalidade organizada transnacional, criando-se um espaço de liberdade, segurança e justiça no âmbito da União Europeia;

4. O fundamento da cooperação em matéria penal é o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, verdadeira pedra angular da construção do espaço judiciário europeu. Tal princípio se relaciona à circulação de provimentos judiciais no território da União Europeia, de modo a permitir que as decisões emanadas por uma autoridade de um Estado-Membro seja reconhecida em outro Estado-Membro com efeitos idênticos ou, ao menos, análogos;

5. Quanto aos instrumentos penais baseados no princípio do reconhecimento mútuo, a introdução, no âmbito da União Europeia, do mandado de detenção europeu, do mandado europeu de obtenção de provas, bem como do confisco de bens, instrumentos e proventos do crime revela a peculiaridade da ação desenvolvida e o importante papel que a União Europeia assumiu no combate à criminalidade organizada transnacional;

6. O mandado de detenção europeu substituiu os complexos e longos procedimentos de extradição por um sistema de entrega direta e veloz, entre autoridades judiciárias dos Estados-Membros, das pessoas que fogem para outros Estados da União a fim de escapar de um processo penal ou de uma condenação.

7. A criação do mandado de detenção europeu, com as inovações por este introduzidas, tais como a previsão de uma lista positiva de 32 delitos (quase todos relacionados à criminalidade organizada transnacional), a superação da proibição de entrega dos cidadãos nacionais de um Estado-Membro, a eliminação da proibição de entrega por crimes políticos, bem como a abolição da exigência de dupla incriminação, potencializaram a luta contra a criminalidade organizada no âmbito do espaço judiciário europeu, com resultados bastante favoráveis.

8. Na luta à delinquência transfronteiriça, é de fundamental importância reforçar a cooperação na aquisição de provas em matéria penal, que é decisiva para a eficiência das investigações e processos. Neste particular, o mandado europeu de obtenção de provas tem como objetivo a aquisição de elementos de prova produzidos ou que se encontrem em um Estado-Membro, de modo que estes sejam reconhecidos no Estado de emissão do mandado com efeitos idênticos ou, ao menos, análogos.

9. A introdução do mandado europeu de obtenção de provas também em muito contribuiu para o efetivo combate à criminalidade organizada transnacional, pois também aqui se criou uma lista positiva com 32 delitos relativos às atividades de organizações criminosas e aboliu-se a exigência de dupla incriminação. Outra inovação importante neste sentido se refere ao fato de o Ministério Público poder ser autoridade de emissão, pois na maior parte dos ordenamentos europeus é o Ministério Público quem coordena as investigações preliminares, contando com Procuradorias antimáfia e anticorrupção. E também pelo fato de o Ministério Público suportar o ônus processual probatório, deveras dificultoso nos delitos de organização criminosa.

10. Igualmente, o confisco de bens, instrumentos e proventos do crime, tal qual regulado no âmbito da União Europeia, possibilita um dos mais duros golpes às organizações criminosas e a seus integrantes, qual seja, a agressão ao patrimônio ilicitamente por estes amealhado, pois impede o investimento dos proventos ilícitos na economia legal e, conseqüentemente, a infiltração das organizações criminosas no mercado.

11. Também quanto ao confisco de bens e proventos do crime se previu a cooperação entre os Estados-Membros em matéria de reconhecimento mútuo e de execução das decisões judiciais, de modo que um Estado-Membro reconheça e execute, em seu próprio território, as decisões de confisco prolatadas por um Juiz ou Tribunal competente de outro Estado-Membro. Além disso, também se previu a mesma lista positiva de 32 delitos já constante dos outros instrumentos que se relacionam ao princípio do reconhecimento mútuo, excluindo-se também a exigência de dupla incriminação.

Bibliografia

- APRILE, E. *Diritto processuale penale europeo e internazionale*. Padova: Cedam, 2007.
- ARAUJO DE SOUZA, A. *Criminalità organizzata*. Minaccia alla democrazia e ai diritti fondamentali. Roma: Aracne, 2016.
- BARBE, E. L'attuazione della decisione-quadro negli altri paesi dell'Unione europea. In: CHIVARIO, M.; DE FRANCESCO, G.; MANZIONE, D.; MARZADURI, E. (a cura di). *Il mandato di arresto europeo*. Torino: Utet, 2006.
- BAZZOCCHI, V. Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali. In: *Il diritto dell'Unione europea*, 03/07, anno XII. Milano: Giuffrè, 2007.
- BRAUM, S. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung. In: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg. R. v. Decker, 2005.
- BUZZELLI, S. Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d'arresto europeo*. Dall'extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005.
- CAGGIANO, G. Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia. In: *Studi sull'integrazione europea*, nº 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008.
- _____. L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto. In: *Studi sull'integrazione europea*, nº 2, anno II. Bari: Cacucci, 2007.
- CAIANIELLO, M. La custodia cautelare all'estero. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d'arresto europeo*. Dall'extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005.
- CALESINI, G. *European police law handbook*. Roma: Laurus Robuffo, 2007.
- CALVANO, R. Mandato d'arresto e problemi costituzionali in relazione alla giurisdizione della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35 TUE. In: _____. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2007.
- CARBONE, M.; TOLLA, M. *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*. Bari: Cacucci, 2010.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione*. Padova: Cedam, 2004.
- _____. *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia*. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Madrid: Colex, 2002.
- CESONI, M. L.; VON ZWEHL, K. La Suisse, ou l'incrimination de l'organisation criminelle comme protection de la place financière. In: _____. (sous la direction de). *Criminalité*

organisée: des représentations sociales aux définitios juridiques. Paris: L.G.D.J. Bruxelles, Bruylant, Genève, 2004.

CONFALONIERI, A. La sfera dei diritti del soggetto interessato dal mandato di arresto europeo. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione.* Padova: Cedam, 2004.

COPPETTA, M. G. Verso un processo penale europeo? In: _____. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea.* Torino: Giappichelli, 2005.

CORSTENS, G.; PRADEL, J. *European criminal law.* The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002.

CUERDA RIEZU, A. *De la extradición a la "euro orden" de detención y entrega.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

DAMATO, A. Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II). In: *Il diritto dell'Unione europea*, 02/05, anno X. Milano: Giuffrè, 2005.

DE AMICIS, G.; IUZZOLINO, G. *Guida al mandato d'arresto europeo.* Milano: Giuffrè, 2008.

DE ANGELIS, F. La creazione dello spazio giudiziario europeo: necessità dell'istituzione del procuratore europeo. In: LANZI, A.; RUGGIERI, F.; CAMALDO, L. (a cura di). *Il difensore e il pubblico ministero europeo.* Padova: Cedam, 2002.

DE FRANCESCO, G. Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale. In: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo.* Milano: Giuffrè, 2006.

DEL TUFO, M. La doppia punibilità. In: PANSINI, G.; SCALFATI, A. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo.* Napoli: Jovene, 2005.

DI MARTINO, A. Principio di territorialità e protezione dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In: Calvano, R. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo.* Napoli: Jovene, 2007.

DONINI, M. Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico. In: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo.* Milano: Giuffrè, 2006.

FOFFANI, L. L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione europea: il progetto "Eurodelitti". In: _____. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo.* Milano: Giuffrè, 2006.

GAITO, A. *Procedura penale e garanzie europee.* Torino: Utet, 2006.

GALGANI, B. La disciplina probatoria nei processi di criminalità organizzata: l'intimidazione del testimone. In: DE FRANCESCO, G. (a cura di). *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale.* Torino: Giappichelli, 2001.

GARBAGNATI KETVEL, M. G. La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i "pilastri" dell'Unione europea? *In: Il diritto dell'Unione europea*, 02/07, anno XII. Milano: Giuffrè, 2007.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. *Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión europea*. *In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LX. Madrid: Ministerio de Justicia, 2007.

GATTINARA, G. Il mandato d'arresto europeo supera l'esame della Corte di giustizia. *In: Il diritto dell'Unione europea*, n° 01/08, anno XIII. Milano: Giuffrè, 2008.

GONZÁLES CANO, M. I. La orden de detención europea: ejecución condicionada del mandamiento y concurso de solicitudes y procedimientos. *In: Roza Acuña, E. (a cura di). Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione*. Padova: Cedam, 2004.

GRILLER, S.; DROUTSAS, D. P.; FALKNER, G.; FORGÓ, K.; NENTWICH, M. *The Treaty of Amsterdam. Facts, analysis, prospects*. Wien, New York: Springer, 2000.

GUERINI, U. *Il diritto penale dell'Unione europea*. Torino: Giappichelli, 2008.

IUZZOLINO, G. Il mandato d'arresto europeo. *In: Diritto penale europeo e ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 2006.

KONSTADINIDES, T. The perils of the "europeanisation" of extradition procedures in the EU. Mutuality, fundamental rights and constitutional guarantees. *In: Maastricht journal of european and comparative law*, volume 14, n° 2, 2007.

LABAYLE, H. La réforme de l'espace de liberté, sécurité et justice. *In: Ruggieri, F. (a cura di). La giustizia penale nella convenzione*. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea. Milano: Giuffrè, Bruxelles, Bruylant, 2003.

LAUDATI, A. I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea. *In: Diritto penale e processo*, n° 04, anno XII. Milano: Ipsoa, 2006.

LOMBARDO, L. L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive. *In: Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

MANZIONE, D. Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze? *In: CHIVARIO, M.; DE FRANCESCO, G.; MANZIONE, D.; MARZADURI, E. (a cura di). Il mandato di arresto europeo*. Torino: Utet, 2006.

MAPELLI MARCHENA, C. La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. *In: RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coordinadores). La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

MAUGERI, A. M. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato* (disponível on line nel sito: <<http://www.lex.unict.it/eventi/s200107/maugeri.pdf>>).

MAZZIOTTI DI CELSO, M. Mandato di arresto europeo, natura delle decisioni-quadro e principio di eguaglianza. In: CALVANO, R. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2007.

MOREILLON, L.; WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*. Paris: L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, Genève. Helbing & Lichtenhahn, 2005.

MORINI, C.; La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale. In: *Studi sull'integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008.

MUSACCHIO, V. *Diritto penale dell'Unione europea*. Questioni controverse e prospettive future. Padova: Cedam, 2005.

NÜRNBERGER, S. Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n° 05, 2009 (disponível on line: <www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_05_225.pdf>).

OBOOKATA, T. *Transnational organised crime in international law*. Oxford, Oregon, Portland: Hart, 2010.

PANICO, R. C. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di Lisbona. In: BARUFFI, M. C. (a cura di). *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni della sua istituzione*. Padova: Cedam, 2008.

PARIS-FICARELLI, N. *Magistrats en réseaux contre la "criminalité organisée"*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2008.

PECORELLA, G.; DE MATTEIS, F. (a cura di). *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE*. Milano: Giuffrè, 2008.

PÉREZ DE NANCLARES, J. M. La cooperación policial y judicial en la Unión europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la euroorden. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (Coordinadoras). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

PICOTTI, L. Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo. In: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo: i reati 'in lista' e 'fuori lista' e la disciplina della legge italiana di attuazione. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d'arresto europeo*. Dall'extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005.

_____. Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d'arresto europeo*. Dall'extradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005.

PRITTWITZ, C. Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113. Band, Berlin, New York: De Gruyter, 2001.

ROMANI, M. *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*. Padova: Cedam, 2009.

ROSI, E. L'elenco dei reati nella decisione-quadro sul mandato di arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore altro l'ostacolo. In: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione*. Padova: Cedam, 2004.

ROZO ACUÑA, E. Globalización del crimen, mandamiento europeo de detención y derechos fundamentales. In: _____. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione*. Padova: Cedam, 2004.

SALAZAR, L. La costruzione di uno spazio penale comune europeo. In: GRASSO, G.; SICURELLA, R. (a cura di). *Lezioni di diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. La lunga marcia del mandato d'arresto europeo. In: BARGIS, M.; SELVAGGI, E. (a cura di). *Mandato d'arresto europeo*. Dall'estradizione alle procedure di consegna. Torino: Giappichelli, 2005.

_____. La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia. In: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2004.

SATZGER, H. *Die Europäisierung des Strafrechts*. Berlin, Bonn, Köln, München: Carl Heymanns, 2001.

_____; ZIMMERMANN, F. From traditional models of judicial assistance to the principle of mutual recognition: new developments of the actual paradigm of the european cooperation in penal matters. In: INTERNATIONAL INSTITUTE OF HIGHER STUDIES IN CRIMINAL SCIENCES (a cura di). *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*. Padova: Cedam, 2008.

SCHÜNEMANN, B. Alternative project for a european criminal law and procedure. In: INTERNATIONAL INSTITUTE OF HIGHER STUDIES IN CRIMINAL SCIENCES (a cura di). *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*. Padova: Cedam, 2008.

_____. Fortschritte und Fehltritte in der Strafrechtspflege der EU. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker, 2004.

SIRACUSANO, F. Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno LIII, gennaio-marzo, 2010.

SORRENTINO, F. Legalità dei reati e mandato d'arresto europeo tra principi costituzionali nazionali e principi fondamentali europei. In: CALVANO, R. (a cura di). *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*. Napoli: Jovene, 2007.

SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*. Milano: Il Sole 24 Ore, 2006.

TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht*. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. Berlin, Köln, München: Carl Heymanns, 2004.

TUFANO, M. L. *Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto EU e diritto penale*. In: *Studi sull'integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008.

VALLINI, A. Il superamento della clausola della "previsione bilaterale del fatto" nell'estradizione per i reati di criminalità organizzata. In: DE FRANCESCO, G. (a cura di). *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*. Torino: Giappichelli, 2001.

O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões¹

Emerson Garcia*

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro do mesmo ano, dispondo sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e, em seu art. 18, introduzindo no direito brasileiro a figura do “acordo de não persecução penal”.

O acordo, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 183/2018, pode ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Pressupõe que a infração penal tenha pena cominada inferior a 4 (quatro) anos, não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça à pessoa e que o investigado confesse formalmente a prática da infração penal e ainda cumpra, de forma cumulativa, ou não, as seguintes condições:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

¹ Texto escrito em 9/ago./2017, posteriormente atualizado conforme a Resolução CNMP nº 183/2018

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

A possibilidade de os requisitos serem cumpridos de forma cumulativa, ou não, denota que devem apresentar uma relação de proporcionalidade em relação à infração penal, não estando submetidos apenas ao arbítrio do membro do Ministério Público.

O acordo, que pode ser celebrado por ocasião da audiência de custódia, não é admitido quando:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Trata-se de nítida mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. O sistema penal tem autorizado a celebração de acordos, os quais podem redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão². Esses acordos, em qualquer caso, sempre estão condicionados à apreciação judicial. *Vide* Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, arts. 7º e 8º, parágrafo único; Lei nº 9.807/1999, que trata da proteção às testemunhas, arts. 13 e 14; Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º); Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41). Na sistemática dessas leis, não há celebração de verdadeiro acordo, mas, sim, posterior avaliação, pelo juízo competente, da colaboração do réu para a elucidação dos fatos. Foi a Lei nº 12.850/2013, ao dispor sobre as organizações criminosas, que traçou os contornos de um verdadeiro acordo, celebrado por ocasião da colaboração premiada. Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal,

² Para uma ampla análise do uso da consensualidade no direito sancionador brasileiro, *vide*, de nossa autoria, o artigo intitulado “A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 66, p.29, 2017.

acarretando a extinção da punibilidade. Para contornar os possíveis vícios decorrentes da não participação do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, a Instituição tem sido chamada a firmá-lo em conjunto com o CADE. Nesse ajuste, que se aproxima do acordo de não persecução penal a que se refere a Resolução CNMP nº 181/2017, a lei, repita-se, a lei, não previu a necessidade de homologação judicial para que o acordo produza efeitos na seara penal. O mesmo ocorre com o acordo de leniência a que se refere o art. 16 da Lei nº 12.846/2013, passível de ser celebrado pelas pessoas jurídicas no plano administrativo e que reduz as sanções a serem aplicadas no plano judicial cível; e com o termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão, que podem ser celebrados pelo Banco Central do Brasil, nos termos da Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, e que não produz efeitos em outras instâncias de responsabilização.

Na disciplina da Resolução CNMP nº 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive em relação ao *quantum* da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação da liberdade.

O maior complicador, no entanto, residia no fato de o acordo celebrado com base na redação original da Resolução CNMP nº 181/2017 não exigir que o acordo fosse homologado pelo Judiciário. O juízo competente deveria analisar a promoção de arquivamento, a ser formulada após o cumprimento do acordo, e, caso entendesse que o acordo era ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não eram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeteria os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que poderia insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passava do Poder judiciário ao Ministério Público. Havia, ainda, mais um complicador para o investigado, que poderia vir a cumprir o acordo, exatamente nos termos em que celebrado, e, por fim, responder a um processo penal. Bastaria, para tanto, que o juízo rejeitasse o arquivamento e o Procurador-Geral determinasse o oferecimento de denúncia. Com o advento da Resolução nº 183/2018, o acordo passou a ser submetido à apreciação judicial após a sua celebração, mas antes do seu cumprimento. Mesmo após a mudança, a decisão final permaneceu com o Ministério Público.

Também é plenamente possível que a vítima, valendo-se do disposto no art. 5º, LIX, da Constituição da República, ajuíze a ação penal privada subsidiária da pública, em razão do não oferecimento da denúncia, pelo Ministério Público, no prazo legal. Afinal, se há prova da materialidade e o investigado confessou a prática da infração penal, indicando outros elementos probatórios que corroborem sua narrativa, muito

provavelmente as investigações serão concluídas. De acordo com a lei processual, que ignora a existência desse tipo de ajuste, ou o expediente deveria ser arquivado ou o caso levado a juízo. Assim, como justificar a “suspensão” de qualquer juízo valorativo, pelo Ministério Público, até que o investigado cumpra o acordo? Por certo, não houve inércia, mas devemos considerar os efeitos de um obrar que não encontra amparo na lei? O §11 do art. 18 ainda acresce que “cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta resolução.”

Outro aspecto digno de nota é o de que as medidas acordadas pelas partes, a exemplo do que se verifica em relação à transação penal a que se referem o art. 76 da Lei nº 9.099/1995 e o art. 1º da Lei nº 10.259/2011, não terão a natureza de sanção penal e não produzirão os efeitos daí decorrentes (v.g.: reincidência), lembrando-se que a transação é homologada pelo Poder Judiciário.

Por fim, vale lembrar que o *caput* do art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 não deixa margem a dúvidas de que a celebração do acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não um direito subjetivo do réu. Como o juízo final a respeito de sua viabilidade jurídica foi situado no âmbito da própria Instituição, é bem provável que produza relevantes efeitos pragmáticos caso: (1) os membros da Instituição reconheçam a juridicidade do acordo e sua relevância, passando a propô-lo; (2) os órgãos de controle interno, caso provocados pelo Poder Judiciário, adiram a esse entendimento, não determinando, de modo generalizado, o ajuizamento da ação penal; e (3) os Tribunais, caso venham a ser provocados (v.g.: com o ajuizamento da ação penal pela vítima ou pelo próprio Ministério Público, neste caso após o cumprimento do acordo, por determinação do órgão de controle interno; ou por algum legitimado à deflagração do controle concentrado de constitucionalidade), reconheçam que o nosso caótico sistema penal justifica o surgimento desse acordo, cuja possibilidade de celebração estaria ínsita nas funções institucionais do Ministério Público, não constituindo propriamente uma inovação da lei processual penal, de competência legislativa privativa da União (CR/1988), com o necessário concurso do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*).

Os objetivos do acordo de não persecução penal são mais que nobres e adequados à nossa realidade. Espera-se, sinceramente, que produzam bons frutos e, na eventualidade de se considerar inadequada a forma utilizada para a sua inserção na ordem jurídica, que ao menos a ideia frutifique e contribua para demonstrar que uma visão atávica do denominado princípio da obrigatoriedade caminha em norte contrário à nossa realidade social e à estrutura dos órgãos de persecução penal.

Aplicação da *Disregard Doctrine* em Benefício da Pessoa Singular do Sócio

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela da Personalidade: Dignidade da Pessoa Humana e Direito da Personalidade. 3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa. 4. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 5. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Pessoa Coletiva em Benefício da Pessoa Singular do Sócio. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O texto discute a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica em benefício da pessoa singular do sócio, com base nos comandos constitucionais portugueses da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento da personalidade pelo trabalho e da livre iniciativa. Fez-se o caminho interpretativo que se iniciou no ordenamento comunitário, que é o tratado de Lisboa, o ordenamento constitucional português, terminando com a análise dos dispositivos infraconstitucionais do Código Civil, do Código das Sociedades Comerciais e do Novo Código de Processo Civil. A exegese dos preceitos de forma conjugada foi confrontada com julgados do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, bem como de Tribunais da Relação de Tribunais Portugueses, os quais adotaram, de forma não explícita, da desconsideração da pessoa coletiva em benefício da pessoa singular do sócio.

Abstract

The text discusses the possibility of applying the theory of disregard of the legal person to the benefit of the individual's partner, based on the Portuguese constitutional commands of the dignity of the human person, personality development through work and free initiative. The interpretative route that began in the community system, which is the Treaty of Lisbon, the Portuguese constitutional order, ended with the analysis of the infra-constitutional provisions of the Civil Code, the Commercial Companies Code and the New Code of Civil Procedure. The exegesis of the precepts was combined with judgments of the Superior Court of Justice of Brazil, as well as Courts of Relation of Portuguese Courts, which adopted, not explicitly, the disregard of the legal person for the benefit of the natural person of the partner.

* Juiz Federal – TRF-2 /RJ.

Palavras-chave: Pessoa coletiva. Desconsideração. Sócio singular. Relativização. Mínimo existencial. Dignidade pessoa humana. Livre iniciativa. Personalidade.

Keywords: *Collective person. Disconsideration. Singular partner. Relativization. Existential minimum. Dignity human person. Free initiative. Personality.*

1. Introdução

O presente trabalho pretende discutir a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, com vistas a beneficiar a pessoa singular do sócio, em razão da força dos comandos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento da personalidade pelo trabalho e da livre iniciativa.

Desde já, é preciso destacar o caráter central da pessoa humana no âmbito do Direito Comunitário, bem como no ordenamento constitucional e infraconstitucional portugueses, os quais necessitam de interpretação e aplicação conjugada e sistemática, dentro do âmbito mais espraído do sistema protetivo da pessoa humana no continente europeu¹.

Neste sentido, buscou-se, nas jurisprudências portuguesa e brasileira, julgados em que o sócio da pessoa coletiva viu uma pontual ineficácia considerada para o fim de proteger a dignidade da pessoa humana do sócio, com vistas à proteção do mínimo existencial, ou do património mínimo à sua subsistência, em conjunto com a fruição do direito fundamental ao livre exercício da atividade econômica.

Nos casos trazidos para análise, foi necessário desconsiderar a pessoa coletiva para que a dignidade e o direito de personalidade à subsistência fossem protegidos, fazendo emergir do “levantamento”, o regime jurídico da pessoa singular, submerso e ínsito ao regime da pessoa coletiva; daí falar-se em desconsideração da pessoa coletiva em favor da pessoa singular do sócio.

Chegou-se, dessa forma, a uma releitura da *disregard doctrine*, que não é expressamente positivada no direito português, visando à tutela da dignidade humana e do direito de personalidade da pessoa singular, por meio de casos em que, embora a pessoa coletiva fosse a titular da relação jurídica posta, foi necessária sua desconsideração para a proteção do direito de personalidade e da dignidade da pessoa singular.

¹ “A pessoa é sujeito individual, substancial, racional, dotado de espiritualidade e, por isso, capaz de se relacionar. É um ser livre. A pessoa existe em si e por si. Ela preside, é o cerne da sua existência individual e realiza, de modo pleno, o conceito de individualidade”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p.170. Prossegue a autora à fl. 174 asseverando que: “A aceitação da tese de que o homem possui ontologicamente dignidade, ou, se preferível, que o homem, pelo facto de ser homem, está dotado desta característica, implica, desde logo, duas consequências: a primeira é a de que se a dignidade pertencer por natureza ao homem, então quer dizer que é própria de todos os homens, e, como tal, são todos iguais. A segunda consiste no facto de que, se a dignidade é exclusiva do homem, nem os animais nem as coisas a detêm, distinguindo-se, deste modo, dos demais. Em síntese, a pessoa enquanto ser corpóreo, racional e espiritual supera o mundo material. O homem é, por assim dizer, um macrocosmo em relação ao microcosmo”. *Op. cit.* p.174.

Sublinha-se, desde já, a redação do Tratado de Lisboa, que disciplina a União Europeia, que, em seu artigo 2º, afirma que:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

No campo específico do ordenamento constitucional português, o art. 1º da Constituição da República Portuguesa diz que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Consagrando a validade e eficácia internas do já citado Tratado de Lisboa, o art. 8º.4 da Constituição Portuguesa, preceitua que as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas de suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Quanto ao ordenamento interno português, o tema tocará nos dispositivos do art. 70, 227 e 334 do Código Civil; 737 do Código de Processo Civil e art. 270-A do Código das Sociedades Comerciais, com vistas a fundamentar a tutela e proteção do direito da personalidade do sócio pela via da desconsideração da pessoa coletiva.

2. Tutela da Personalidade: Dignidade da Pessoa Humana e Direito da Personalidade

Conforme o já citado art. 270-A do Código das Sociedades Comerciais, a sociedade unipessoal pode ser constituída por apenas uma pessoa singular, sendo que esta, pela cláusula geral do direito da personalidade do art. 70 do Código Civil Português, fica protegida de qualquer ofensa ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Em parelho a este regime está o art. 737º.2 do Código de Processo Civil Português, que considera como relativamente impenhoráveis os instrumentos de trabalho e os objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado.

Oportuno, neste passo, frisar que a dignidade da pessoa humana não se confunde com os Direitos Fundamentais, bem como os Direitos da Personalidade², embora a pessoa

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral*. Introdução. As pessoas. Os Bens. Direito Civil. 3ª ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010. "A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem apresentar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem". "Assim se funda a categoria dos direitos da personalidade" p.59; "não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos

singular sócia da sociedade unipessoal desfrute desta tríade protetiva, voltada para pequenos negócios (v.g.: reparo de bicicletas, eventos *low cost*, serviços de fotografia etc.).

Não é o caso de desenvolver, neste trabalho, aspectos específicos da sociedade unipessoal, mas não se podem desconsiderar os problemas derivados de capital social mínimo, responsabilidade ilimitada por não integralização de capital social, a subcapitalização e o dever constitucional de tratamento diferenciado (art. 86º.1, CRP).

A dignidade da pessoa humana ilumina e funda todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional e se volta, basicamente, à promoção do mínimo existencial da pessoa singular, pois se constitui no conjunto mínimo de direitos autónomos de que toda pessoa é titular, bem como são emanações da própria dignidade da pessoa.

Assim, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana no ordenamento português assegura ao ser humano um tratamento que lhe garanta a possibilidade de prestações mínimas como saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança e acesso ao Judiciário.

Tal preceito, fundante da ordem constitucional, ilumina todo o ordenamento constitucional de forma positiva, impedindo atuação a ele contrária, bem como guiará a atuação da aplicação da lei e da produção legislativa.

da personalidade. Antes de mais, a preocupação da abordagem é diferente. As constituições têm em vista particularmente a posição do indivíduo em face do Estado e provavelmente a do cidadão, que continua a ser destinatário de muitas previsões". p.61; "Na ordem jurídica portuguesa, o preceito fundamental da lei ordinária em matéria de direitos da personalidade é o art. 70 CC, cujo nº 1 determina: 'A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral'". p.65; "Este preceito contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido não é necessária especificação legal: basta que decorra da personalidade ontológica". p.65; "É essencial compreender que o preceito não se limita a qualquer noção formal de pessoa, pois então teríamos critério para demarcar o seu âmbito: é vicioso dizer que tudo o que respeita ou atinge uma pessoa singular é considerado violador da personalidade. A lei pressupõe a personalidade ética especificando-as nas suas duas vertentes física e moral. Por isso, o art. 70 tem necessariamente de ser considerado como janela aberta no sistema positivo, pela qual se dá a intromissão dos conteúdos ónticos. A aplicação do artigo pressupõe uma permanente valoração à luz desses conteúdos". p.66; Em sentido semelhante, FERNANDES, Luis A. Carvalho, in: *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, que ao discorrer sobre os direitos da personalidade afirma: "Não basta afirmar a suscetibilidade de direitos (o poder de ser titular) envolvidos na noção técnico-jurídica de personalidade, *qua tale*; o princípio, enquanto referido a uma mera qualidade jurídica, ficaria esvaziado de sentido, se lhe não fosse dado conteúdo significativo e útil, e uma inerente protecção, assegurando-se a cada pessoa jurídica – e pelo simples fato de o ser – um conjunto mínimo de direitos, inerente a essa qualidade e de que ela se torna imediatamente titular, ao adquirir personalidade". p.84; "Esses direitos, por serem mera projecção da imanente dignidade do homem, prendem-se, assim, com bens fundamentais da própria pessoa, desde logo no plano físico e moral, mas também no jurídico, para o princípio ganhar conteúdo significativo e plena eficácia no seu campo específico de actuação – o do Direito". p.84; "Pode-se assim afirmar que personificar o homem envolve o reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, de conteúdo fundamentalmente não patrimonial". p.84; "Esses, numa designação bastante corrente, são os direitos da personalidade, fórmula que tem a virtude de, por si só, chamar a atenção para o facto de se tratar de poderes jurídicos determinados pelos modos de ser fundamentais da pessoa". p.84; Em obra clássica, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 1987, afirmam sobre o art. 70 do Código Civil Português que "O artigo limita-se a declarar, em termos muito genéricos e muito sucintos, a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos, sem descer à minuciosa referência analítica a que recorre, por exemplo, o anteprojeto do Código Francês (arts. 151. e ss.); Mas daquela referência genérica pode, sem dúvida, inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, até ao repouso essencial à existência física etc.), que a lei tutela nos termos do nº 1 do artigo" p.104.

Dizer dignidade na vida social significa a garantia de um mínimo que assegure um espaço para o desenvolvimento da personalidade e um máximo que lhe dê efetividade. Basta que a pessoa exista como personalidade ontológica para a fruição do direito à personalidade.

Neste sentido, o art. 70 do Código Civil é cláusula geral por meio da qual se dá o reconhecimento de conteúdos ônticos: a proteção à pessoa vem do simples fato de o ser e que faz exsurgir, por isso, um conjunto mínimo de direitos inerente a esta qualidade.

No caso da sociedade unipessoal (art. 270-A, CSC), vemos que a pessoa coletiva é constituída de um único sócio, pessoa singular, que é o titular do capital social, sendo lícito deduzir deste preceito que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da pessoa do sócio – enquanto pessoa singular – são inseparáveis da pessoa coletiva³, uma vez que esta nada mais é que a sanção premial concedida pelo Estado para que o indivíduo possa obter seu mínimo existencial.

3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa

No ordenamento constitucional português, a livre iniciativa é em primeiro lugar mencionada como democracia econômica e princípio fundamental da república, conforme o art. 2º da CRP, reaparecendo como princípio da organização econômica no art. 80º, letra “c”, ambos da Carta Constitucional.

Sem embargo destes preceitos expressos, a leitura sistemática do texto nos leva a realizar interpretação conglobante de outros artigos da Constituição, tais como 9º, letras “a” e “d” (tarefas fundamentais do Estado para criar condições econômicas e promover o bem estar e direitos econômicos), bem como os arts. 16º, 26º.1, 61º.1, 82º.3 e 86º.1, os quais nos permitem afirmar que a livre iniciativa se constitui em direito fundamental acatado no ordenamento constitucional português, apto a gerar pretensões negativas de proteção contra o Estado e positivas de pretensões perante o Estado e terceiros.

De forma muito sucinta, pode-se afirmar que esta liberdade é o espaço de atuação na economia independente da compressão do Estado.

Essa liberdade – de iniciativa – será exercida na atividade econômica de produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços, dentro do mercado, palco onde atuam os agentes econômicos, quais sejam, o Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores.

É evidente que, para que alguém se lance numa atividade lícita é necessário que se tenha ciência da possibilidade de exercício da atividade, a que chamaremos de

³ Sobre a inseparabilidade do direito da personalidade da pessoa singular, insito nas pessoas colectivas, veja-se SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. In: *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 601: “... poderá falar-se – *stricto sensu* – e como que numa segunda escolha, de direito ‘geral’ da personalidade das pessoas colectivas para significar que a elas não pertencem apenas os direitos especiais de personalidade expressamente previstos na lei mas também os conteúdos devidamente adaptados do direito geral da personalidade das pessoas singulares, não inseparáveis destas e que se mostrem necessários ou convenientes à prossecução dos fins das pessoas colectivas.”

sensibilidade (saber que existe a possibilidade), bem como tenha acesso à atividade econômica eleita, a que chamaremos de acessibilidade (acesso ao desempenho da atividade econômica eleita para ser exercida).

Uma vez no exercício da atividade econômica, o agente deve desfrutar da faculdade de contratar ou não; deve poder escolher com quem contratar e que tipo de negócio efetuar, fixando o conteúdo do contrato, bem como possa mobilizar o aparelho estadual para que se faça cumprir o avençado entre as partes.

Aqui fica patente que o direito fundamental da livre iniciativa se desdobra em: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)⁴.

⁴ In: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988: "O direito de livre iniciativa económica privada é considerado agora, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autónomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental". p.14; "Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa e a de gerir autónomamente ou sem interferências externas". p.141; "Já se conhecem contudo os limites que para este direito fundamental decorrem dos princípios da reserva de empresa pública e da livre iniciativa dos poderes públicos". p.141; "Conclui-se assim que não foi seu conteúdo máximo, mas, sim, seu conteúdo mínimo que a Constituição consagrou tal direito fundamental". p.141; "A concretização do direito de livre iniciativa económica privada ou de livre empresa, compreende a preservação do seu conteúdo múltiplo enquanto liberdade de acesso ao mercado e de exercício ou cessação da atividade empresarial". p.142; "nenhum destes aspectos poderá ser eliminado em favor de outro; a manutenção de todos eles é condição necessária da afirmação do direito de livre empresa privada". p.142; "Nesta conformidade a defesa constitucional do direito de livre empresa privada implica claras tomadas de posição do legislador ordinário quanto a questões como as do condicionamento industrial e licenciamento dos estabelecimentos industriais, defesa da concorrência, regime de preços, proteção às pequenas e médias empresas e, de um modo geral, quanto à estratégia geral da política de fomento económico". p.143; "Restrições ao seu regime, e para concluir, pode a lei levá-las a cabo, pois que se trata de direitos subjetivos alicerçados num princípio de valor que é o da dignidade da pessoa humana, e como tais virtualmente exclusivistas como aliás todos os valores éticos". p.143; "O seu conteúdo oscila assim entre um máximo e um mínimo essencial. É neste último sentido que a lei os deve interpretar de modo a viabilizar o seu tratamento jurídico sem esquecer o virtual concurso de outros direitos e valores. Descer abaixo daquele conteúdo mínimo é transformar a lei em serva do poder". p.149; VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998: "Sabemos já que o legislador constitucional configura este direito como um direito fundamental dos cidadãos e que sua inserção formal nos direitos 'sociais' não prejudica a aplicação do regime dos 'direitos, liberdade e garantias', na medida em que a iniciativa económica privada é garantida como direito essencialmente 'negativo' ou 'de defesa', revestindo-se de natureza análoga aos 'direitos, liberdades e garantias' e beneficiando, assim, do regime destes (cf. art. 17º)". p.164-165; "A liberdade de iniciativa económica privada tem o seu fulcro sensível na liberdade de empresa, quando esta se entenda nas suas três vertentes ou subliberdades: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)". p.165; "A liberdade de investimento significa o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na actividade ou indústria que julgue conveniente. O investimento pode levar à criação de uma empresa, à aquisição de empresas já existentes ou ao aumento de capital dessas empresas. Em sentido negativo, esta liberdade significa o direito de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente". p.165; "A liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na atividade empresarial". p.165; "esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido" p.165; "A liberdade de contratação ou liberdade negocial significa o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. Também significa a liberdade de contratação da mão de obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho". p.166; "... para que estes preceitos não entrem em contradição com os princípios fundamentais da constituição económica, impõe-se uma interpretação contida destes preceitos, de modo que fique sempre a salvo a liberdade de empresa

Claro que esta liberdade não é absoluta em face da conexão existente no interior do próprio ordenamento constitucional quando se tratar de atividade tipicamente estatal ou cooperativista, sendo certo que esta atividade será menos livre quanto mais intervenha o Estado, via intervenção direta na atividade econômica, ou que venha a sofrer abusos do poder econômico ou que suporte atividade objeto de monopólio (participação estatal na economia por exclusão da iniciativa privada).

Disso resulta que a liberdade de iniciativa, como direito fundamental, é plenamente aplicável à pessoa singular do sócio de sociedade unipessoal por quotas.

privada na sua dupla qualidade de direito subjetivo fundamental e de princípio ou garantia institucional da ordem econômica portuguesa”. p.170; FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993. “A iniciativa económica privada (que tomaremos como prototípica) é, pois, um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a constituição e a lei) para produzir bens e serviços. Por vezes, identifica-se livre iniciativa com a liberdade de empresa (iniciativa empresarial), mas esta identificação não é inteiramente correta: a iniciativa económica abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e as empresas são apenas as formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, quando são privadas, como objeto principal ou exclusivo, pelo Direito Comercial. As formas não empresariais da iniciativa tendem a ser residuais em economias capitalistas, nas áreas de indústria e serviços; mas já são muito importantes no domínio do Direito Agrário, no qual também vigora a liberdade de iniciativa privada”. p.196-197; SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014: “O direito de iniciativa privada (art. 61º) é explicitamente considerado como um direito económico e não apenas como um princípio de organização económica. Trata-se direito independente do direito de propriedade, pesem embora as naturais conexões entre ambos, mas que goza de idêntica proteção (art. 17º e art. 18º CRP)”. p.51; “Ele traduz a possibilidade de exercer uma atividade económica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende a liberdade de investimento ou de acesso a qual se traduz no direito de escolha da atividade económica a desenvolver, a liberdade de organização, ou seja, liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida (incluindo a forma, qualidade e preços dos produtos ou serviços produzidos) e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo”. p.51-52; MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. “Num primeiro momento, trata-se da liberdade de iniciativa em sentido estrito ou, de outra óptica, da liberdade de estabelecimento. É o direito de iniciar uma actividade económica; o direito de constituir uma empresa; o direito que pode ser individual e que pode ser institucional, de organização de certos meios de produção para um determinado fim económico”. p.620; “No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, ao mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os atos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar. E este direito tem um carácter fundamentalmente institucional, mesmo quando, porventura, seja ainda uma empresa constituída por uma só pessoa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àquele ou àqueles que a tenham constituído”. p.621; CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. “Ao reconhecer a liberdade de iniciativa económica privada (nº 1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objetivo da organização económica), embora sem a incluir diretamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do sector privados no âmbito da ‘constituição económica’”. p.789; “A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade económica (liberdade de criação da empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer individual ou coletivamente); no segundo sentido é um direito institucional, um direito da empresa em si mesma. Ambas estas vertentes do direito de iniciativa económica privada podem ser objeto de limites ou restrições mais ou menos extensos”. p.790.

4. Desconsideração da Personalidade Jurídica

Como se sabe, o ordenamento jurídico português prevê as pessoas singulares a par das pessoas coletivas, ambos entes dotados de personalidade jurídica. Desta personalidade exsurge a titularidade de direitos e obrigações autónomos, sendo certo que as pessoas singulares são membros das pessoas coletivas. Os direitos e deveres de cada qual não se confundem.

Com o tempo, porém, constatou-se a ocorrência de inúmeras situações em que a linha demarcatória entre pessoa singular e a coletiva se esmaeceu, deixando espaço para a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, também assim denominada "*disregard of legal entity*" ou "*lifting the corporate veil*", do direito anglo-saxão, e da "penetração da pessoa jurídica" no direito alemão⁵.

Tais doutrinas⁶ se encontram atualmente pacificadas e sistematizadas como condutas societárias reprováveis, em face das quais o instituto pode ser manejado, podendo-se elencar, num rol apenas exemplificativo: a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos sócios; a subcapitalização da sociedade; a insuficiência de recursos patrimoniais necessários à concretização do objeto social; as relações de domínio grupal, entre outras.

⁵ In: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. vol. I, Tomo III, 2ª pré-edição. Coimbra: Almedina, 2002: "Em termos simplificados, adiantamos que a existência de pessoas colectivas permite limitar a responsabilidade patrimonial e isentar os administradores e agentes das consequências dos actos imputáveis do ente colectivo. A presença dos limites específicos implica que, por dívidas ao ente colectivo, sejam chamadas a responder outras pessoas ou que certos actos não se repercutam totalmente na pessoa coletiva a que sejam formalmente imputados". p.165-166; Ainda Cordeiro, *Tratado: "Verifica-se uma subcapitalização relevante para efeitos de levantamento da personalidade, sempre que uma sociedade tenha sido constituída com um capital insuficiente. A insuficiência é aferida em função do seu próprio objeto ou da sua actuação surgindo, assim, como tecnicamente abusiva". Cordeiro. Op. cit. p.177; No mesmo sentido, MENDES, Castro. Teoria Geral do Direito Civil. AAFDL, I, 1995, p.362 assevera que: "... não devemos antropomorfizar a pessoa colectiva a ponto de perdermos de vista que – ao contrário da pessoa singular, fim em si mesma – ela não é mais que um instrumento de realização de interesses humanos. Inclusivamente, a personificação pode ser, ou passar a ser, instrumento de abuso, e deve nesse caso ponderar quais os verdadeiros interesses humanos em causa. Esta atitude é o que os juristas anglo-saxónicos chamam romper o véu da pessoa colectiva".*

⁶ Como restou consignado na ementa do acórdão da Apelação 798108.8TBEPS.G1, da relatoria do Juiz Manuel Bargado, em 17/11/2011, à unanimidade de votos: "I – Na vertente do abuso da responsabilidade limitada (que não se confunde com o abuso da personalidade), estão mais ou menos sistematizadas as condutas que podem conduzir à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade, avultando, de entre elas, a confusão ou promiscuidade entre esferas jurídicas das sociedades e dos sócios, a subcapitalização, a originária ou superveniente da sociedade, por insuficiência de património necessário para concretizar o objeto social e prosseguir a sua actividade; as relações de domínio grupal. II – Para além destas situações, também se podem perfilar outras em que a sociedade comercial é utilizada pelo sócio para contornar uma obrigação legal ou contratual por ele assumida individualmente, ou para encobrir um negócio contrário à lei, funcionando como interposta pessoa. III – Na desconsideração da personalidade jurídica é necessário determinar-se se existe e com que potencialidade uma atuação em fraude lei. Esta verificar-se-á aquando da existência de um efeito prejudicial a terceiros. IV – A simples prova de que a sociedade unipessoal de que o réu é sócio gerente não tem qualquer prédio inscrito em seu nome no serviço de finanças do distrito de Braga, sem a prova de que todos os proventos e bens adquiridos pelo réu para aquela sociedade, enquanto seu sócio gerente, tenham sido por este desviados para o seu património ou para o património do casal que constitui com a ré, não autoriza que se chame ao caso a figura da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas colectivas".

Malgrado isso, a legislação portuguesa não contém referência expressa à desconsideração da personalidade jurídica, mas adota a doutrina sob a perspectiva da boa fé e do abuso do direito, emergente da interpretação sistemática dos artigos 762, nº 2 com o artigo 334 ambos do Código Civil, respectivamente.

5. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Pessoa Coletiva em Benefício da Pessoa Singular do Sócio

Caso emblemático de desconsideração da pessoa coletiva, ou da relativização da separação do patrimônio da pessoa coletiva e da pessoa do sócio, em favor da pessoa do sócio pessoa singular, ficou explicitada na ementa de apelação cível no Tribunal da Relação de Évora⁷ que denota ação de despejo de pessoa coletiva formada por antigo arrendatário, então pessoa singular, e cuja transformação em sociedade unipessoal não havia sido comunicada ao senhorio, ensejando a resolução do contrato de arrendamento.

Ponderou o aresto que se o arrendatário era uma pessoa singular que exercia no locado uma dada atividade e para melhor a desenvolver constituiu sociedade por quotas unipessoal, de que é o único sócio aí continuando a exercer a atividade de sempre, verifica-se uma alteração da qualidade do locatário, mas tal alteração não configura propriamente uma cedência do locado.

Considerou o acórdão que, quando muito, seria uma cessão da posição do locatário, para uma sociedade por quotas unipessoal de que é o único sócio e precisamente o anterior locatário. Estar-se-ia diante de uma mera alteração do estatuto jurídico do proprietário do estabelecimento comercial instalado no locado em face de este mesmo estabelecimento sem verdadeira mudança de seu substrato pessoal.

Acrescentou que alçar a alteração meramente formal da qualidade do arrendatário, em fundamento de despejo, constitui uma situação manifesta de abuso de direito por excesso dos limites do fim social e econômico deste mesmo direito.

Termina afirmando que a cedência do locado não se traduziu numa verdadeira e própria mudança da pessoa singular que continua a ocupar aquele espaço, nele prosseguindo essa pessoa a mesma atividade comercial que até então vinha ali desenvolvendo.

⁷ *In: Apelação 291/06/-2 do Tribunal da Relação de Évora, de 24/07/2007, da relatoria do Juiz Mario Serrano, com a seguinte ementa: "I – Numa ação de despejo com fundamento na cedência do locado sem autorização do senhorio ou com fundamento na falta de comunicação de tal cedência – quando a lei o imponha – incumbe aos autores a alegação da prova da falta de comunicação porquanto trata-se de factos constitutivos da pretensão deduzida pelos autores. II – ... III – Se o arrendatário era uma pessoa singular que exercia no locado uma dada actividade e para melhor desenvolver resolveu constituir uma sociedade por quotas unipessoal de que é o único sócio aí continuando a exercer a actividade de sempre, verifica-se uma alteração da qualidade do locatário, mas tal alteração não configura propriamente uma cedência do locado. IV – Quando muito será, numa cessão da posição do locatário, aqui R., para uma sociedade por quotas unipessoal de que é o único sócio precisamente o anterior locatário. Ou seja, estamos perante uma mera alteração do estatuto jurídico do proprietário do estabelecimento comercial instalado no locado em face a esse mesmo estabelecimento, sem verdadeira mudança do seu substrato pessoal. V – Arvorar esta alteração meramente formal da qualidade do arrendatário, em fundamento de despejo, constitui uma situação manifesta de abuso de direito por excesso dos limites do fim social e económico desse mesmo direito."*

No Brasil, caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸ em 1996, decidiu possível a retomada de imóvel residencial pertencente à pessoa coletiva, para moradia de sócio quotista, pessoa singular.

O que se depreende do caso concreto é que o imóvel de propriedade da pessoa coletiva – e não do sócio pessoa singular – foi retomado do arrendatário da pessoa coletiva, para moradia da pessoa singular do sócio.

Destaca-se que o imóvel não estava afetado ao exercício da empresa, apenas compunha o acervo patrimonial da sociedade, deixando clara a flexibilização da autonomia patrimonial e a desconsideração da personalidade jurídica em favor do sócio para o desfrute do direito fundamental de habitação, ligado ao mínimo existencial.

Ainda no Brasil e perante o Superior Tribunal de Justiça⁹ em 2009, o tribunal reconheceu a impenhorabilidade de imóvel de pessoa coletiva, que compunha seu estabelecimento e que era seu único bem.

O tribunal considerou que a penhora inviabilizaria a empresa individual da executada, que atuava no ramo de fabricação de equipamentos industriais, não podendo a atividade prosseguir sem o imóvel, aliado ao fato de este também servir de residência do sócio.

Destacou que, mantida a penhora, restaria cerceada sua atividade laboral e ferido o direito social do trabalho, tornando o bem, assim, impenhorável, nos termos do art. 649, V, do CPC/73 (atual art. 833, V, do Novo CPC brasileiro).

Ponderou-se, ainda, que a interpretação teleológica do art. 649, V do CPC/73 (atual art. 833, V, do Novo CPC), deve observar os princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV da CF/88) e do direito fundamental da propriedade limitado à

⁸ Superior Tribunal de Justiça, REsp 29301, 6ª Turma, Julgamento em 13/08/1996, Publicado em 30/09/1996, Relator Ministro Vicente Leal: "Civil. Ação de despejo. Retomada para uso de sócia da empresa locadora. Lei nº 6.649/1979. Art. 52, X. Aplicação analógica. Possibilidade. Por via de interpretação analógica do preceito inscrito no art. 52, X, da Lei nº 6.649/1979, é admissível a retomada de imóvel para uso próprio de sócio de empresa locadora." Em sentido análogo é o REsp 84.756, 4ª Turma, julgado em 25/03/1996, da Relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar: "Execução. Impenhorabilidade. Motorista. Ônibus escolar. Microempresa. É absolutamente impenhorável o ônibus escolar que serve para o exercício da profissão de motorista (art. 649, V, do CPC), não obstante registrado em nome da firma individual, da qual o devedor é titular. A microempresa é forma de atuação do profissional no mercado de trabalho e deve ser ignorada quando tal desconsideração é necessária para prevalecer a norma instituída em benefício do profissional".

⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 114767, Corte especial, julgamento em 2/12/2009, publicado em 4/02/2009, Relator Ministro Luiz Fux: "... A penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistentes outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família. 2. O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. 3. A interpretação teleológica do art. 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual".

sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII da CF/88), legitima a interpretação de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual¹⁰.

6. Conclusão

O trabalho humano, na vertente do dispêndio de energia vital para a obtenção do mínimo existencial, tem enfrentado inúmeros obstáculos na economia globalizada, com altos índices de desemprego e crises econômicas em vários países do mundo desenvolvido, não sendo exceção o caso português.

No campo do Direito Comunitário, a dignidade da pessoa humana, prevista no Tratado de Lisboa, se constitui em valor-chave que ilumina todos os ordenamentos constitucionais parcelares da comunidade europeia, com destaque, no caso português, para o art. 8º.4 da Carta Portuguesa, que incorpora à ordem interna o conteúdo do ordenamento comunitário.

A dignidade da pessoa humana, bem assim o direito de personalidade, colocam o ser humano, em si, como ser apto a receber proteção ao mínimo existencial, o que pode ser empreendido pela via do exercício de atividade econômica amparada pelo direito fundamental à livre iniciativa.

O ser humano tem, assim, direito a empreender e direito à empresa, *i.e.*, direito a se lançar livremente à atividade econômica lícita, bem como à gestão de sua empresa.

Nesse passo, tais liberdades vêm ao encontro da proteção à personalidade da pessoa singular, sócia de pessoa jurídica, uma vez que esta, no caso da pessoa coletiva unipessoal, não dispensa aquela.

¹⁰ Sobre a impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho, veja-se FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.223-224: “Uma das projeções atuais da impenhorabilidade defere especial proteção aos instrumentos de trabalho. A tutela compreende os meios indispensáveis ao respectivo exercício profissional e, a rigor, dá abrigo à pessoa em si mesma, inserida nesse contexto. Na impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho estão compreendidos os utensílios necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão”. Prossegue: “Tal prescrição torna imune à execução forçada por parte do Estado tudo o que seja útil ou imprescindível ao exercício da profissão do devedor. Perfeitamente se vislumbra um dever de solidariedade humana, de não despir o executado dos meios necessários para sustentar-se”. Arremata dizendo que: “... a pessoa está no núcleo fundamental do Direito e nele se projeta sob as vestes jurídicas da personalidade. Pessoa e personalidade se irmanam para sustentar a categoria do sujeito, a quem se reconheceu direitos e obrigações, num sujeito que exercita seus afazeres profissionais”; Sobre a profissão como direito inerente à personalidade, veja-se MAIDAME, Marcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p.191: “... a profissão representa um elemento formativo essencial da personalidade, na medida em que o trabalho, além de proporcionar meios econômicos para que o trabalhador possa arcar com os seus custos de vida e de sua família, ocupa grande parte do tempo das pessoas e permite que elas desenvolvam as suas subjetividades (*i.e.*, criatividade, virtudes etc.) e interajam socialmente”. Em sentido análogo é a opinião de FILHO, Salomão Calixto, *in: O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.250: “No caso concreto era necessário permitir ao sócio, incapaz de trabalhar (como administrador) em consequência de um acidente rodoviário, pleitear em nome próprio ressarcimento do dano sofrido pela sociedade em consequência do abandono da gestão. A desconsideração novamente permite, portanto, incluir entre os danos materiais causados ao sócio os danos meramente patrimoniais causados à sociedade”.

Pontua-se que, em alguns casos, como demonstrado, o objetivo da pessoa coletiva pode tornar-se um óbice ao desfrute do mínimo existencial, sendo necessário o afastamento pontual, o levantamento da personalidade jurídica da pessoa coletiva para a emergência de regime jurídico da pessoa do sócio, pessoa singular, em ordem a dar cumprimento ao valor da dignidade da pessoa humana.

Destacaram-se doutrina e casos julgados no Brasil e em Portugal, de desconsideração da pessoa coletiva em benefício da pessoa do sócio, pessoa singular, de modo a se obter regime mais protetivo e consentâneo com os valores já mencionados.

Tal postura implica a relativização do princípio da autonomia do patrimônio da pessoa coletiva, permitindo, em casos em que o mínimo existencial esteja em jogo, a desconsideração da pessoa coletiva em busca de regime jurídico mais protetivo.

Trata-se de perspectiva ainda não positivada nos ordenamentos jurídicos, tanto em Portugal, quanto no Brasil, mas que vem sendo admitida nas dobras ou franjas da interpretação sistemática das respectivas constituições e dos ordenamentos civis e comerciais.

Em síntese, em ambos os ordenamentos nasce a possibilidade de proteção da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à livre iniciativa e à proteção da personalidade, na via da obtenção do mínimo existencial, da desconsideração por meio da personalidade jurídica da pessoa coletiva em benefício da pessoa do sócio, pessoa singular.

Bibliografia

ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O Direito*. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. vol. I, tomo II. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Ricardo Alberto Santos. *A sociedade por quotas unipessoal no Direito português*. Coimbra: Almedina, 2002.

DÜWELL, Marcus *et alii*. *The Cambridge Handbook of Human Dignity*. Interdisciplinary Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa. vol. I, 6ª ed., 2012 e vol. II, 5ª ed., 2014.
- FRAGA, Luís Alves de. *Metodologia da Investigação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.
- FRANCO, António de Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio Interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005. vol. II.
- LAKATOS, Eva Maria *et alii*. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LIMA, Pires de *et alii*. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. I.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MCCRUDDEN, Christopher. *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MIRANDA, Jorge *et alii*. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., vol. I, 2005 e vol. II, 2006.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina. vol. I. 2015, vol. II. 2016.
- PALMA, Augusta Ferreira. *Das pequenas e médias empresas*. Coimbra: Almedina, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- PORTO, Manuel Lopes (Coord.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- PORTUGAL. *Código das Sociedades Comerciais*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. *Constituição da República Portuguesa*. 19ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015.
- _____. *Código de Processo Civil*. 32ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *Código Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SANTO, João Espírito. *Sociedade Unipessoal portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SANTOS, Felipe Cassiano dos. *A Sociedade Unipessoal por quotas*. Comentários e anotações dos artigos 270-A a 270-G do Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

Do Microsistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015

Fabrcio Rocha Bastos*

Sumrio

Introduo. Reflexos do Novo Cdigo de Processo nos Processos Coletivos. 1. Do Poder Geral de Efetivao. 2. Dilaao de Prazos Processuais. 3. Alterao da Ordem da Produo das Provas. 4. Poder de Polcia do Magistrado. 5. Determinao de Comparecimento Pessoal das Partes. 6. Saneamento dos Vcios e Irregularidades Processuais. 7. Intimao dos Legitimados Coletivos sobre a Existncia de Demandas Repetitivas. 8. Coletivizao das Demandas Individuais. 9. Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogneos. 10. Sistema do *Fair Notice* e *Right to Opt In or Out* Aplicvel aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogneos. 11. Recorribilidade das Decises Interlocutrias e o Regime da Precluso Imediata. 12. Tutelas Provisrias no CPC/2015 e a Repercussao nos Processos Coletivos. 13. Inaplicabilidade do Artigo 115, Pargrafo nico, CPC/2015 como Forma de Integrar Terceiro Beneficirio Direto ou Indireto ao Processo Coletivo. 14. Prazo para o Oferecimento do Agravo Interno nos Processos Coletivos – Anlise do Artigo 6o, Pargrafo nico da Lei no 13300/2015. 15. Interveno do Substitudo nos Processos Coletivos – Anlise do Artigo 18, Pargrafo nico do CPC/2015 – Legitimao Conglobante nos Processos Coletivos. 16. Possibilidade de Celebrao de Negocio Juridico Processual Atipico nos Processos Coletivos – Anlise do Artigo 190, CPC/2015 e a Sua Interface com o Instituto da Colaborao Premiada na Seara da Improbidade Administrativa. 17. Possibilidade da Realizao da Autocomposio nos Processos Coletivos – Aplicao da Opao da Realizao da Audiencia de Conciliacao e Mediaao nos Processos Coletivos – Anlise dos Artigos 319, VII e 334, S4o, CPC/2015. 18. Aplicao do Procedimento Comum (Artigo 318, CPC/2015) aos Processos Coletivos – Anlise dos Artigos 105-A da Lei no 9504/1997 e 21 da Lei no 12846/2013. 19. Causa Interruptiva da Prescriao nas Demandas de Improbidade Administrativa. 20. Regime das Despesas Processuais nos Processos Coletivos. 21. Consequencia Processual da Continencia Prevista no Art. 57, CPC, e a Sua Aplicao nos Processos Coletivos – Regras de Prevenao da Competencia. 22. Efeito Suspensivo nos Recursos de Apelao Oriundos de Processos Coletivos.

* Pds-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do Ministrio Pblico do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pds-Graduao do IBMEC, EMERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da EMERJ, AMPERJ, FEMPERJ, Curso Forum, do Portal F3/RJ e Supremo - MG.

Introdução

O microsistema¹ da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas² sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva.

Como ainda não há uma regulamentação própria corporificada em uma codificação, a doutrina com respaldo da jurisprudência reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

Entre as normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microsistema, podemos apontar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Estas normas formam o que podemos denominar de regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis.

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o artigo 90 determina a aplicação das normas ínsitas na Lei de Ação Civil Pública: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

A Lei de Ação Civil Pública, por seu turno, determina uma remissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como demonstra o artigo 21: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).”

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Cíveis Públicas em geral e o CDC “reenvia” a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos as denominadas “normas de reenvio”; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado “diálogo de fontes”, comumente encontrado nas normas de direito material.

Nesse panorama, reconhece-se o CDC como o agente unificador e harmonizador do microsistema coletivo, na medida em que esse diploma promoveu verdadeira integração e sistematização com a LACP, especialmente pela ligação entre o art. 90 do CDC e o art. 21 da LACP.³

¹ Há quem prefira usar a terminologia “minissistema”, como Grinover, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Outros afirmam a existência de um “sistema único coletivo”, como Gomes Jr., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

² São normas de direito material previstas em diplomas processuais e normas de direito processual em diplomas materiais. É perfeitamente normal o direito processual sofrer influências do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo do direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional.

³ ARGENTA, Graziela; Rosado, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

Apesar disso, não há qualquer óbice para a aplicação do “diálogo de fontes” em direito processual. Ademais, existem diversos pontos de tangenciamento entre o direito material e o direito processual, seja no plano abstrato (legislação), seja no plano concreto (aplicação das normas); podemos encontrar, inclusive, institutos que são regulados tanto por normas de direito material quanto por normas de direito processual, como, por exemplo, a prescrição.

Existem normas jurídicas, por fim, que regulam, ao mesmo tempo, o direito material e o direito processual e são chamadas de normas heterotópicas ou de natureza híbrida.

O microssistema de tutela coletiva gera um “Sistema de Vasos Intercomunicantes”. Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações jurídicas se encontra em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas, existe uma “comunicação”, que alguns denominam de aplicação integrada, ainda que informal para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominada de sistema de vasos comunicantes.⁴

Apesar de as normas do CDC e LACP formarem o núcleo essencial (“núcleo duro”) do microssistema da tutela coletiva (formando um procedimento padrão para as demandas coletivas), elas não exaurem a regulamentação do tema. Forçoso concluir, portanto, que outras leis poderão (e o fazem!) regular temas afetos ao processo coletivo, participando, com isso, através de um verdadeiro diálogo de fontes, do microssistema da tutela coletiva.

Assim, podemos afirmar que a formação do microssistema de tutela coletiva decorre das normas de reenvio e do sistema de vasos comunicantes por intermédio dos diversos diplomas legislativos⁵. Os diplomas legislativos, portanto, que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si.⁶

⁴ “O microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais.” Mazzei, Rodrigo Reis. *Ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei nº 4717/1965*. São Paulo: RCS, 2006, p. 408-410.

⁵ “Este, em síntese, o sistema integrado de defesa dos interesses supraindividuais em nosso país: interação da legislação específica e suprimento recíproco de lacunas, de sorte que todos os interesses sejam tutelados processualmente do mesmo modo e com um mesmo perfil procedimental e processual; e a aplicação sempre subsidiária do Código de Processo Civil.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição, RT, 2011, p.138. “Antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto legislativo que constitui o microssistema, se não existe uma norma melhor e mais adequada a correta pacificação com justiça (...) Quando não houver no diploma específico norma que contradiga essa solução, ou mesmo havendo, esta norma for mais estreita na aplicação, deverá prevalecer a interpretação sistemática, decorrente das regras do CDC e da Lei nº 7347/1985.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 4ª edição, Jus Podivm, p.123.

⁶ “Quer dizer, as leis especificamente relacionadas à tutela coletiva assumem-se incompletas e, para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica, encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva.” DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

Assentada a premissa da existência do microsistema de tutela coletiva, forçoso asseverar que as normas integrantes do mesmo aplicam-se toda vez que houver uma omissão na legislação que regulamenta determinada ação coletiva, ou seja, as normas ínsitas no microsistema são aplicáveis, de maneira subsidiária, a fim de evitar lacunas legislativas.

Considerando que as normas que integram o microsistema da tutela coletiva deverão ser aplicadas de forma subsidiária, imprescindível afirmar que as normas do CPC serão aplicáveis de maneira residual⁷, ou seja, somente quando não for encontrada solução decorrente da aplicação do microsistema. Deste modo, deverá ser corretamente interpretada a aplicação do artigo 15 do CPC, que assevera a sua aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. Este entendimento, que determina a aplicação residual do CPC, parte da premissa de que tal norma não figura no microsistema da tutela coletiva. Caso a referência seja feita ao CPC/1973, concordamos com a premissa e com a conclusão, mas entendemos, conforme será exposto abaixo, que o CPC/2015 passa a integrar o microsistema, o que ensejará uma releitura acerca da aplicabilidade destas normas. A doutrina, neste tópico, diverge acerca da sua inserção no microsistema, bem como da aplicabilidade das próprias normas do microsistema.

Diante deste quadro de dispersão de normas jurídicas regulamentadoras e da existência de divergência doutrinária, surge a necessidade de fixar como deverá ser aplicável o microsistema da tutela coletiva.

Para uma primeira tese doutrinária, a aplicação dar-se-á da seguinte forma: a) aplicação da lei específica que regulamenta determinada lei específica; b) verificada a omissão na lei específica, aplicar-se-á o microsistema da tutela coletiva, de forma subsidiária ou supletiva; c) permanecendo a omissão, ou seja, caso as normas do microsistema não sejam suficientes para resolver a situação, aplicar-se-á o CPC, de forma residual. Esta é a formatação mais comum de ser encontrada na doutrina.⁸

⁷ “Residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.” MAZZEI, Rodrigo. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. (Coord.) Susana Henriques da Costa. Quartier Latin, 2006. No mesmo sentido, podemos mencionar: “Essas duas normas de remissões ou normas de envio fundam um ‘sistema processual integrativo’, levou a doutrina a afirmar que as disposições do Código de Processo Civil – aqui compreendido o CPC/1973 – são aplicáveis ao processo coletivo, desde que inexistam norma expressa dentro do microsistema e não transgrida seus princípios, isto é, ‘residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.’ Em conclusão, afirma-se que a aplicação do Código de Processo Civil (CPC/1973) seria residual não integrativa” CARVALHO, Fabiano. O Princípio da eficiência no processo coletivo – Constituição, Microsistema do Processo Coletivo e Novo Código de Processo Civil. In: *Processo Coletivo*. (Coord.) Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8, Coordenador Geral, Fredie Didier Jr.

⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição, RT, 2011. DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ALMEIDA, Gregorio de Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Para uma segunda tese doutrinária, para fins de verificação de qual deverá ser a norma aplicável ao caso concreto, imprescindível observarem-se os seguintes passos: a) definição dentro do núcleo duro, formado pelo CDC e LACP, qual norma deve ser aplicável; b) fora do núcleo duro, quais as normas das demais leis integrantes do microssistema deverão ser aplicadas; c) fora do microssistema, como devem ser aplicadas as normas do CPC.

Para este entendimento, assim como no anterior, o CPC/2015 não é parte integrante do microssistema da tutela coletiva e deve ser aplicável somente nos casos de inexistência de solução, ou seja, a aplicação será residual ou eventual, como querem alguns.⁹

Além de refutar, como faz a primeira tese, a presença do CPC/2015 no microssistema, esta segunda tese gera as seguintes indagações: a) existe alguma ordem de prevalência entre as normas integrantes do núcleo duro (essencial) do microssistema da tutela coletiva?; b) como deve ser resolvido o conflito entre as normas que compõem o núcleo duro (essencial) e as demais leis que compõem o microssistema da tutela coletiva?

Quanto ao primeiro questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, deve ser aplicada prioritariamente a LACP e de forma subsidiária o CDC¹⁰; b) para um segundo entendimento, deve ser aplicado prioritariamente o CDC e supletivamente a LACP quando o direito material veiculado na demanda versar sobre relação de consumo¹¹; c) para um terceiro entendimento, não há que se falar em existência de hierarquia entre as normas, mas em aplicação coordenada, pois, dependendo da necessidade de regulamentação, será aplicável uma ou outra. Ademais, a quase inexistência de conflitos entre as normas gera uma perfeita interação entre elas e, portanto, formam o núcleo duro (essencial).¹²

Quanto ao segundo questionamento, podemos assim sistematizar a divergência: a) para um primeiro entendimento, devem ser aplicadas as normas jurídicas do

⁹ “Por fim, a aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil será imprescindível, mas para isso é indispensável que não exista norma expressa aplicável ao caso concreto dentro do próprio microssistema. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os princípios do processo coletivo estudados no Capítulo 5, o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁰ “Nos termos do art. 21, só se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor no que for cabível, o que significa dizer que algumas normas poderão ser apropriadas para a tutela específica de interesses dos consumidores, mas não servirão como regras para a tutela genérica dos interesses difusos e coletivos, prevista na Lei nº 7.347/1985. Necessário, pois, será o respeito a princípio da adequação, segundo o qual a incidência normativa só ocorre se a norma jurídica for competível com a natureza da tutela contemplada na lei da ação civil pública. Além disso, é preciso lembrar que a incidência do Código de Defesa do Consumidor é de natureza supletiva, ou seja, irradia sua eficácia naqueles espaços não preenchidos pela Lei nº 7.347/1985, e, repita-se, desde que haja adequação com a natureza da tutela.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹ NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 1.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

núcleo duro (essencial) e, caso não seja encontrada a solução, aplicar-se-ão as demais leis¹³; b) para um segundo entendimento, deverão ser aplicáveis as leis específicas que regulamentam a ação coletiva e, somente nos casos de omissão, deverão ser aplicadas as normas do núcleo duro (essencial), pois deve ser privilegiado o critério da especialidade;¹⁴ c) para um terceiro entendimento, com o qual nos filiamos, deve ser aplicada a norma mais benéfica à tutela do direito material, pouco importando se será aplicável a norma jurídica geral ou especial, pois o que deve ser buscado é sempre o resultado mais adequado e efetivo para a tutela da coletividade.¹⁵

Para uma terceira tese doutrinária, contudo, o CPC/2015 é parte integrante do microsistema da tutela coletiva e deve ser, portanto, seguido outro tipo de caminho para a aplicação do ordenamento jurídico. Considerando que o CPC/2015 tem eficácia direta¹⁶ nos processos coletivos e que passa a ser fonte do próprio microsistema, aplicação dar-se-á da seguinte forma¹⁷:

- a) aplicação direta do diploma legislativo que regulamenta a ação coletiva posta em análise;
- b) caso seja verificada omissão nesta regulamentação ou sendo esta insatisfatória, aplicam-se as normas do núcleo essencial do microsistema da tutela coletiva (normas do CDC e da LACP). Vale mencionar que, para alguns, o título III do CDC configura verdadeiro Código Brasileiro de Processos Coletivos;
- c) caso não seja encontrada solução para a hipótese, devem ser aplicadas as demais normas regulamentadoras dos demais processos

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009.

¹⁴ GAJARODNI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. ALMEIDA, Gregório de Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁶ Exemplos de eficácia direta: arts. 139, X; 333; 928 e 982, I, CPC.

¹⁷ "Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microsistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microsistema novas normas jurídicas. A relação com o microsistema passou a ser mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeto). A eficácia do CPC sobre esse microsistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta." DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017. No mesmo sentido, vale mencionar: "Trata-se de fato público e notório que a opção adotada como premissa quando da elaboração dos trabalhos legislativos do Código de Processo Civil/2015 foi não disciplinar o processo coletivo." (...) "Entretanto, não é correto afirmar que o texto do Código de Processo Civil/2015 não revelou nenhuma preocupação com os conflitos massificados." (...) "embora o Código não regule o processo coletivo, preocupou-se com a massificação de litígios ou, em outros termos, com os conflitos que se repetem em uma sociedade de massa, na medida em que procurou tratar da litigiosidade repetitiva por meio da valorização dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas, utilizando essa linha de política legislativa para incrementar outras tendências reformistas que já se apresentavam nas modificações que ao longo dos últimos tempos foram realizadas no Código de Processo Civil/1973." LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição, revista ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

coletivos, pois, como já afirmado, todas as normas fazem parte do microssistema da tutela coletiva. Tais normas deverão ser aplicadas em regime de coordenação com as normas previstas no CPC/2015, desde que não conflitem com a lógica e com as próprias normas do microssistema e com a Constituição. Assim, forçoso concluir que o CPC passou a ser aplicável de forma direta aos processos coletivos e não mais de forma subsidiária, supletiva ou residual.

Trata-se de posição mais consentânea com o nosso sistema processual inaugurado com o CPC/2015, sendo, portanto, possível sustentar que o microssistema da tutela coletiva deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição da República e o CPC/2015.¹⁸

Assim, o CPC deixou de ser fonte meramente residual das questões processuais que não encontravam solução no microssistema, pois passou a ser norma integrante do próprio microssistema. O CPC/1973 aplicava-se de forma residual, mas não o CPC/2015.

Reflexos do Novo Código de Processo nos Processos Coletivos

O reflexo mais imediato e incontestado é a adoção do novo modelo de processo colaborativo, cooperativo ou participativo no qual todos os sujeitos do processo, com base nos princípios da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC), atuam na condução da relação jurídica processual, bem como para a resolução das questões processuais que surgirem.

Este novo modelo de processo adotado se aplica tanto aos processos individuais quanto aos coletivos. Há um policentrismo (assimétrico e simétrico ao mesmo tempo) que deverá ser observado em todas as fases processuais.¹⁹

¹⁸ “Igualmente, a recodificação empreendida com o CPC/2015 partiu da premissa de que o novo texto processual deveria manter sintonia fina com as diretrizes constitucionais, na linha do moderno entendimento acerca da posição e da função da Constituição como diploma central e orientador do ordenamento jurídico. Assim, o CPC/2015 foi idealizado para a concretização, no plano processual, dos valores constitucionais, apresentando, sob essa perspectiva, função participativa com os microssistemas, mormente para permitir uma ligação mais eficiente entre as diversas leis processuais e as normas constitucionais. Nesse novo paradigma, é estreme de dúvida reconhecer que o microssistema coletivo deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição e o CPC/2015. O CPC/2015, ao pressupor a existência de microssistemas, inclusive o do processo coletivo, e ao apresentar-se no sistema com o propósito de servir de ponte entre a Constituição e as demais leis, adere à intertextualidade imanente ao microssistema da tutela coletiva, conferindo-lhe maior coesão e funcionalidade constitucional. Portanto, se o CPC/1973 havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, o CPC/2015 não será um mero diploma residual e irá retomar, com bases diversas, a comunicação com o microssistema, mantendo com ele um diálogo de especialidade, coordenação e influência, colocando-o na trilha dos objetivos constitucionais.” ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

¹⁹ O policentrismo será considerado assimétrico na tomada das decisões judiciais, pois trata-se de atuação exclusiva dos magistrados; será considerado simétrico quanto à condução da relação processual, notadamente diante da construção da ação mais adequada para a solução do caso concreto.

Este novo modelo assenta-se em diversas normas fundamentais, que deverão ser integralmente aplicáveis aos processos coletivos, tais como: a) o contraditório participativo através de seu quadrinômio²⁰ com a necessidade de ser observado o dever jurídico de consulta ou vedação à surpresa (arts. 7º, 9º e 10, CPC); b) sistema multiportas, por meio do qual o jurisdicionado, nos processos coletivos devidamente *representados* pelo legitimado coletivo, tem o direito de optar pela forma de acesso ao sistema jurisdicional (art. 3º, CPC); c) princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC); d) princípio da cooperação (art. 6º, CPC); e) aplicação dos vetores previstos no art. 8º, CPC para a adequada resolução do caso concreto; f) princípio da primazia da resolução do mérito (arts. 4º, 282, §2º, 317, 321, 488, 932, parágrafo único, 1029, §5º, 1032 e 1033, CPC)²¹ e g) princípio da adaptabilidade (arts. 139, VI e 329, §2º, CPC)²².

O Código de Processo Civil de 2015 tem, portanto, uma função, como demonstrada no tópico anterior, organizadora, flexível e aberta em relação ao microsistema, sem, contudo, contrariar as normas próprias da tutela coletiva, que devem ser preservadas.²³

A adoção do procedimento comum (princípio do procedimento único), conforme artigo 318, CPC, como regra geral gera repercussões claras nos processos coletivos, quando a norma que regular o processo coletivo e o microsistema forem omissos na regulamentação. Será, portanto, aplicável subsidiariamente o procedimento comum aos processos coletivos, de forma residual, como sustentado acima (artigo 318, parágrafo único, CPC).

O procedimento executório delineado no CPC/2015 será plenamente aplicável, de forma residual, aos processos coletivos, notadamente no tocante aos meios executórios e expropriatórios aplicáveis, procedimentos do cumprimento de sentença e execução, as causas suspensivas e extintivas da execução, bem como as defesas do executado (*vide* artigos 318, parágrafo único, 513 e 771, CPC). Destaca-se, contudo, a existência de regras expressas próprias da execução que manter-se-ão hígidas e aplicáveis aos processos coletivos, tais como: a) mitigação do vínculo subjetivo ao título executivo que permite a possibilidade de outro legitimado coletivo promover a execução do título, mesmo que não tenha sido o responsável por sua formação; b) possibilidade da assunção da execução (artigos 16 e 17 da Lei nº 4717/1965 e 15 da Lei nº 7347/1985); c) habilitação das vítimas e seus sucessores para fins de

²⁰ O quadrinômio do princípio do contraditório participativo e efetivo é formado por estes quatro elementos indissociáveis: a) necessidade da informação; b) possibilidade da reação; c) dever jurídico de consulta prévia; d) possibilidade efetiva de influir na formação do convencimento do magistrado.

²¹ Impende salientar que, mesmo antes do advento do CPC/2015, a doutrina já sustentava a existência e aplicação deste princípio aos processos coletivos derivados dos artigos 5º, §3º e 15 da Lei nº 7347/1985 e 9º, 16 e 17 da LAP.

²² O princípio da adaptabilidade, de certa forma, já era aplicável aos processos coletivos em virtude do princípio da atipicidade das demandas coletivas previsto no art. 83, CDC.

²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

promover a liquidação e a execução no plano individual (artigos 100 e 103, §3º, CDC) e d) possibilidade de pedido de reserva de quantia (artigo 99, CDC).

Assentadas as premissas decorrentes do novo modelo de processo civil, passo a enfrentar os mais relevantes reflexos nos processos coletivos causados pelo CPC/2015:

1. Do Poder Geral de Efetivação

O artigo 139, inciso IV, CPC/2015, positivou o denominado poder geral de efetivação do magistrado. Tal poder permite ao magistrado aplicar todas as medidas necessárias para efetivar o comando previsto no conteúdo de sua decisão. Visa, em primeira análise, a reforçar o poder estatal, na forma do escopo político supracitado. Entretanto, em análise mais detida, entendemos que o objetivo primordial da alteração é conferir maior efetividade aos comandos jurisdicionais.

No âmbito do CPC/1973, havia a previsão no artigo 461, que permitia atuação de ofício do magistrado para a efetivação do provimento final. Tal poder de efetivação também é previsto no artigo 11 da Lei nº 7347/1985 e artigo 84, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Com o advento do CPC/2015, o poder geral de efetivação passa a ter uma configuração mais abrangente, pois poderá ser utilizada para qualquer comando jurisdicional, ainda que não seja de provimento final. Sobreleva notar que a ampliação do poder de efetivação abarcará os provimentos de cunho condenatório de reconhecimento de obrigação pecuniária. No ordenamento anterior, a previsão versava somente sobre as prestações de obrigações não pecuniárias.

Assim, o magistrado poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Entendemos que o legislador acertou ao não elencar todas as medidas possíveis, mas, sim, ao referir-se somente aos gêneros, permitindo, com isso, a utilização de todo e qualquer meio, direto ou indireto, que reputar o mais adequado e razoável para a efetivação da prestação jurisdicional.

2. Dilação de Prazos Processuais

O artigo 139, inciso VI, CPC/2015, trouxe inovação bastante interessante para o controle dos prazos processuais e da duração razoável do processo. Esta norma permite ao juiz dilatar os prazos processuais. Tal dilação, conforme determina o parágrafo único do artigo 139, somente poderá ser determinada antes do encerramento do prazo fixado, sob pena de reconsideração da preclusão temporal. Portanto, podemos concluir que a dilação dos prazos processuais não poderá ensejar o afastamento da preclusão temporal. Não será aplicável tal dispositivo aos casos de prescrição e decadência, posto prazos materiais.

Entretanto, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça²⁴ já permitiu a aplicação da suspensão dos prazos materiais, quando a norma versava somente sobre prazos processuais. No caso, a parte alegava que o recesso forense, que somente se refere aos prazos processuais, poderia alcançar os prazos materiais de prescrição e decadência.

3. Alteração da Ordem da Produção das Provas

O artigo 139, inciso VI, segunda parte CPC/2015, preconiza regra inédita em nosso ordenamento jurídico processual ao permitir ao magistrado alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Tal poder não poderá ser confundido com a determinação judicial de inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, pois a norma em comento não determina a inversão do ônus da prova previsto no artigo 373 CPC/2015.

Entendemos que a norma em comento se amolda mais a uma das consequências advindas da adoção da dinamização do ônus da prova prevista no artigo 373, §1º CPC/2015, pois o legislador permitiu a ordem da produção das provas, desde que seja indispensável para a efetivação da tutela jurisdicional, bem como para adequar às situações jurídicas individuais das partes.

Esta inversão na ordem de produção, que será uma decisão interlocutória (artigo 203, §2º CPC/2015), deverá ser proferida antes do início da instrução probatória com o fim de evitar surpresa às partes.

4. Poder de Polícia do Magistrado

O artigo 139, inciso VII, CPC/2015, preconiza regra jurídica que já era verificada na prática, mas que carecia de uma regulamentação mais precisa no Código de Processo Civil.

O magistrado poderá, ou melhor, deverá exercer, no âmbito de suas atribuições, o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais. Tal exercício será efetivado em casos mais extremos que possam comprometer a segurança de todos os envolvidos.

²⁴ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRORROGAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NO CASO DE IMPLEMENTAÇÃO DO TERMO *AD QUEM* DURANTE O RECESSO FORENSE. Na hipótese em que o Tribunal suspenda, por força de ato normativo local, os atos processuais durante o recesso forense, o termo final do prazo prescricional que coincidir com data abrangida pelo referido recesso prorroga-se para o primeiro dia útil posterior ao término deste. A Corte Especial do STJ uniformizou o entendimento de que o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte, caso venha a findar no recesso forense, sendo irrelevante a controvérsia acerca da natureza do prazo para ajuizamento da ação, se prescricional ou decadencial, pois, em ambos os casos, o termo *ad quem* seria prorrogado (REsp 667.672-SP, DJe 26/6/2008). Desse modo, na linha do precedente da Corte Especial e outros precedentes do STJ, deve-se entender cabível a prorrogação do termo *ad quem* do prazo prescricional no caso. Precedentes citados: REsp 969.529-SC, Primeira Turma, DJe 17/3/2008; e REsp 167.413-SP, Primeira Turma, DJ 24/8/1998. REsp 1.446.608-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/10/2014.

O poder de polícia do magistrado, porém restrito aos atos praticados durante a realização das audiências judiciais, encontra previsão no artigo 360 CPC/2015.

5. Determinação de Comparecimento Pessoal das Partes

O artigo 139, inciso VIII, CPC/2015, preconiza que o magistrado poderá determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

Esta mudança consagra a possibilidade do magistrado exercer atividade probatória direta, posto destinatário direto da prova. Entretanto, para que esta mudança não sirva de escudo para a prática de atos violadores aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV CR/1988), o magistrado deverá sempre cientificar os representantes processuais das partes para acompanharem o ato. Deverá ser intimado, também, o membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção.

O magistrado poderá convocar somente uma das partes ou ambas, porém, ainda que convoque somente uma das partes, deverá cientificar aquelas que não foram convocadas, sob pena de vulneração dos princípios constitucionais já referidos.

A norma não se refere às testemunhas e auxiliares do juízo, portanto, entendemos que o ato previsto no artigo em testilha somente será aplicável às partes.

Resta saber, porém, se a convocação poderá ser exercida nos casos de substituição processual, pois há uma cisão do conceito de parte na hipótese. A substituição processual poderá ser verificada em processos individuais e coletivos. Na hipótese de substituição processual, sinônimo de legitimidade extraordinária, haverá uma clara cisão entre a parte material e a parte formal. Apesar da cisão, o substituto processual ostenta completa autonomia para a condução do processo, pois atua em nome próprio na defesa de interesse alheio.

A parte material (substituída), titular do direito material deduzido em juízo, será substituída na relação processual. A parte formal (substituto), por sua vez, é aquela que, apesar de não titularizar o direito material posto em juízo, atua no plano processual.

Assim, diante desta nítida cisão, entendemos que a convocação, nos casos de substituição processual nos processos civis individuais, deverá ser direcionada para a parte material (substituída). Nos processos coletivos, em virtude das dificuldades inerentes, a convocação deverá ser direcionada ao substituto processual. O ato, que terá nítido conteúdo probatório, deverá ser reduzido a termo, com a devida assinatura dos presentes e colacionado aos autos para maior transparência.

O magistrado ao realizar tal convocação, que deverá ser instrumentalizada por meio de intimação, justificará de forma expressa a necessidade do comparecimento pessoal, pois as partes poderiam prestar os esclarecimentos necessários por escrito. Assim, entendemos que somente será justificada a realização de tal convocação para comparecimento pessoal quando for imprescindível para o correto deslinde do feito.

A sua aplicação, contudo, nos processos coletivos somente ocorrerá nos casos concretos nos quais restar indispensável o depoimento pessoal das partes. Considerando que as demandas coletivas são propostas por legitimados que não titularizam o direito material deduzido em juízo²⁵, tal dispositivo deverá ser utilizado somente nos casos em que a parte que figurar no polo passivo puder prestar depoimento pessoal, como na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa.

6. Saneamento dos Vícios e Irregularidades Processuais

O artigo 139, inciso IX, CPC, preconiza, com nítido fulcro no princípio da instrumentalidade das formas (artigos 277 e 283 CPC), a possibilidade do juiz determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. O magistrado permitirá às partes a correção dos vícios antes de determinar a decretação das invalidades processuais.

Com tal norma, o legislador expressamente acolheu a necessidade de conferir à efetividade da tutela jurisdicional maior importância do que a observância do formalismo exacerbado existente em nosso ordenamento. Nada mais é do que uma mitigação do rigor imediato dos casos previstos nos artigos 330 e 485, incisos IV, V e VII CPC/2015.

O poder jurisdicional previsto neste artigo poderá ser aplicado em qualquer momento processual, mas o legislador fixou um momento processual mais bem delimitado, conforme artigo 357 CPC, que é o do saneamento do processo.

Trata-se de novidade deveras salutar para a melhor consecução do princípio da cessa à justiça (artigo 5º, inciso XXXV CR/1988).

Assim, o juiz, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, conforme artigo 317 CPC. Não sendo solucionado o defeito, no prazo fixado, o juiz deverá aplicar uma das soluções, conforme o momento processual, preconizadas nos artigos 330 e 485, incisos IV, V e VII CPC.

Esta possibilidade foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶ ao permitir que o impetrante de um mandado de segurança possa corrigir a indicação errônea da autoridade coatora em sua inicial.

²⁵ Sujeitos indetermináveis, indeterminados, porém determináveis ou determinados, conforme o interesse tutelado.

²⁶ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDICAÇÃO EQUIVOCADA DA AUTORIDADE COATORA EM INICIAL DE MS. Nos casos de equívoco facilmente perceptível na indicação da autoridade coatora, o juiz competente para julgar o mandado de segurança pode autorizar a emenda da petição inicial ou determinar a notificação, para prestar informações, da autoridade adequada – aquela de fato responsável pelo ato impugnado –, desde que seja possível identificá-la pela simples leitura da petição inicial e exame da documentação anexada. De fato, nem sempre é fácil para o impetrante identificar a autoridade responsável pela concretização do ato que entende violador de seu direito líquido e certo. A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), entretanto, trouxe importante dispositivo em seu art. 6º, §3º, que muito contribuiu para a solução do problema, permitindo ao julgador, pela análise do ato impugnado na exordial, identificar corretamente o impetrado, não ficando restrito à eventual literalidade de equivocada indicação. Precedente citado: AgRg no RMS 32.184-PI, Segunda Turma, Dje 29/5/2012. RMS 45.495-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 26/8/2014.

Trata-se de aplicação do princípio da primazia da solução do mérito, conforme suprarreferido, previsto nos artigos 4º, 282, §2º, 317, 488, CPC. Este princípio, a bem da verdade, não é novidade em nosso ordenamento, pois já era aplicado nos processos coletivos (arts. 5º, §3º, LACP e 9º, LAP).

7. Intimação dos Legitimados Coletivos sobre a Existência de Demandas Repetitivas

O artigo 139, inciso X, CPC²⁷, preconiza o poder-dever do magistrado oficiar os legitimados coletivos cientificando-se-lhes acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta (art. 5, §6º da LACP) e recomendação (Resolução 164 do CNMP).

A notificação, por certo, não enseja um caráter vinculativo, mas informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas, sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.²⁸

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade.

Para análise da incidência do princípio supracitado, impende destacar as seguintes premissas: I) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade; II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim “representantes” da própria coletividade; III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou extrajudicialmente para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o *Parquet* ou outro legitimado coletivo furtar-se ao

²⁷ O art. 7º, LACP versa sobre o mesmo tema.

²⁸ “Trata-se aqui de estimular os legitimados às ações coletivas a ajuizarem a ação (que só poderá ser em defesa de direitos individuais homogêneos). Não se especifica, porém, que as ações individuais ficarão suspensas – ressalvados os casos em que a suspensão ocasionaria prejuízos ao demandante individual – nem se os autores de demandas individuais poderão ingressar no processo coletivo como litisconsortes.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. Editora Saraiva. 2015.

ajuizamento da ação. Tanto isso é verdade que alguns autores sustentam tratar-se de uma *obligatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade*.²⁹

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão. Aliás, a obrigatoriedade deve incidir sobre a tutela da coletividade e não sobre a demanda coletiva, pois, como dito, os legitimados coletivos têm outros instrumentos à disposição para a solução adequada e efetiva do conflito.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário (molecularização dos litígios); b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma matéria de direito (tese jurídica), a notificação prevista neste artigo deverá ensejar a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no artigo 976 CPC.

A adoção da norma em comento poderá ensejar a concomitância entre demandas coletivas e individuais, mas não acarretará o reconhecimento da litispendência, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser formalmente cientificados, no bojo de suas próprias ações, para optarem pelo prosseguimento, suspensão ou desistência das suas ações, conforme o caso (*fair notice and right to opt in/out*).³⁰ O Superior Tribunal de Justiça, porém, fixou precedente em sede de julgamento de recursos repetitivos no sentido da possibilidade do juízo da ação coletiva, *ex officio*, suspender a tramitação das ações individuais em curso quando versarem sobre o mesmo tema.³¹

Impende salientar que a legitimação coletiva, conforme indicação no artigo em comento, prevista nos artigos 5º da Lei nº 7347/1985 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, é concorrente e disjuntiva (artigo 129, §1º CR/1988), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

²⁹ MELLO FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de et alii. *Ação civil pública e a tutela dos interesses difusos*. *Cit*, p.42. No mesmo sentido: “Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.” MILARÉ, Édís; *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo, Saraiva. 1990, p.11.

³⁰ Artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, §1º da Lei nº 12016/2009 e 13, parágrafo único da Lei nº 13300/2016.

³¹ RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1 – Ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2 – Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3 – Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

Os legitimados coletivos deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III CR/1988; artigos 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei nº 7347/1985)³².

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134 CR/1988 e 4º, incisos VII e VIII da Lei Complementar nº 80/1994). O Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento da ADI 3943, entendimento com o qual não concordamos, conferiu legitimação ampla para esta instituição na propositura das demandas coletivas.³³

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de ressarcimento ao erário. Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada (*adequacy of representation*), ou seja, o âmbito de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

Fixadas as premissas, impende verificar situação semelhante, qual seja, a da existência de demanda individual com efeitos coletivos.

³² STJ. 3ª Turma. REsp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência dos arts. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/1985. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

³³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI Nº 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI Nº 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS *STRICTO SENSU* E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCOS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

Na denominada ação individual com efeitos coletivos³⁴, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto proposta com lastro no direito de vizinhança³⁵. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Em verdade, na situação apresentada, haverá uma ação meramente individual com o fim de apreciar um direito meramente individual (puro), mas, por estar conectado a uma circunstância de fato geradora de direito ou interesse transindividual (difuso), gera benefícios para a coletividade titular do direito.³⁶

O benefício referido ocorre no âmbito dos fatos, pois o indivíduo não pode, no plano jurisdicional, tutelar um direito transindividual, ou seja, tal direito não pode ser objeto de uma demanda individual. Inegável, porém, que o resultado da demanda repercutirá no seio da coletividade, mormente nos casos de procedência do pedido formulado, mas os membros desta coletividade não poderão realizar o transporte *in utilibus* da sentença, por se tratar de processo individual.

Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. Como no exemplo citado acima, o morador tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (dimensão coletiva do direito transindividual) e à observância do direito de vizinhança (dimensão individual do direito transindividual).³⁷

³⁴ “Ação ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos”. Texto extraído do Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde.

³⁵ Na doutrina, há outros exemplos: “Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere a sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a ‘Voz do Brasil’ da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

³⁶ “A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termo concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

³⁷ “Também pode ocorrer, como já analisado na parte introdutória do presente tópico, que o direito ou interesse difuso apresente dimensão individual. Nesses casos, se o indivíduo sofrer lesão ou ameaça

Em casos assim, há, a rigor, a proteção de um direito transindividual como decorrência do exercício e o acolhimento de uma pretensão individual.

Caso o magistrado verifique a potencialidade, apesar de a narrativa ser meramente individual, do resultado da demanda repercutir na seara da coletividade, deverá notificar os legitimados coletivos dando-lhes ciência para a adoção das medidas pertinentes. Tal notificação não poderia estar lastreada no art. 139, X, CPC, posto aplicável quando existirem demandas repetitivas sobre o mesmo tema. O fundamento jurídico de tal notificação deve ser o art. 7º da LACP.³⁸ O destinatário imediato de tal notificação deve ser o Ministério Público, pois a sua legitimação ativa é a mais ampla entre os legitimados coletivos. Os demais deverão somente ser cientificados observadas as suas respectivas atribuições.

Com tal atuar, o magistrado evitará que a demanda repercuta no seio da coletividade sem que os legitimados coletivos tenham ciência, mas não resolve a questão de ordem prática, pois a demanda continuará em curso e não há a obrigatoriedade para que os legitimados efetivamente atuem, conforme já afirmado.

Assim, surgem duas situações que merecem, ao menos, uma reflexão: a) poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade da demanda individual com efeitos coletivos?; b) qual será a consequência jurídica advinda da inércia dos legitimados coletivos cientificados?

Alguns autores sustentam que demandas desta natureza deveriam ser tratadas como coletivas, pois, apesar do supedâneo fático e de a pretensão exercida individualmente, há evidente repercussão coletiva. Esta repercussão, por si só, denota que o tratamento deve ser de processo coletivo e, sendo assim, poder-se-ia alegar a inadequação da via procedimental eleita e, com isso, gerar a inadmissibilidade da demanda.³⁹

Não concordamos com o tratamento de demanda coletiva, pois, conforme dito acima, trata-se de ação meramente individual que terá a aplicação das regras

diretas em sua esfera de direito, em decorrência da violação também de direito difuso (meio ambiente, por exemplo), ele poderá vir a juízo para buscar a tutela do seu direito, conforme lhe assegura a Constituição (art. 5º, XXXV), o que também atinge por via reflexa, no mundo dos fatos, direito difuso. O processo no caso é individual e não coletivo. Ocorre que o indivíduo, ao pedir que seja cessada, por exemplo, determinada atividade industrial que o está atingindo diretamente em sua residência pela poluição desenfreada, ele acaba por beneficiar, em caso de procedência do pedido, uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que são os titulares do direito ou interesse difuso em questão. Assim, essa comunidade de pessoas indeterminadas acaba sendo beneficiada de alguma forma, por força dos reflexos no mundo dos fatos dos efeitos da decisão proferida na ação individual. No mundo dos fatos poderá não haver forma de cessar a atividade em relação ao indivíduo lesado diretamente, sem que com isso não esteja beneficiando a comunidade titular do direito difuso ao meio ambiente equilibrado. O que na verdade haverá na ação individual, na hipótese levantada, é a apreciação de direito individual puro, que, por estar ligado às mesmas circunstâncias de fato geradoras do direito ou interesse difuso, acaba beneficiando, repita-se – no mundo dos fatos e não do direito, pois o direito difuso não poderá ser objeto de ação individual –, a respectiva comunidade de pessoas titulares do direito ao meio ambiente equilibrado.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva. 2003. p.496.

³⁸ A depender do tema versado na demanda, poderá o juiz fulcrar a sua notificação nas seguintes normas: art. 221 do ECA e arts. 89 e 98 do Estatuto do Idoso.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

procedimentais do CPC (art. 318) e não do microsistema da tutela coletiva⁴⁰. Assim, o resultado da demanda será, no prisma subjetivo, *inter partes*. Nada obstante, os efeitos fáticos poderão atingir a esfera da coletividade, mas os membros desta não ficarão jungidos à sua imutabilidade (efeito no mundo do direito).⁴¹

Não podemos concordar com a tese da inadmissibilidade da demanda individual, sob pena de vulnerar, de forma insuperável, o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988), pois não se trata de defesa de interesse difuso através de demanda individual, mas da tutela de um interesse individual decorrente de interesse difuso. É o que se denomina direito difuso de dimensão individual.⁴² Caso a demanda individual promova a pretensão coletiva de tutela de interesse difuso, por óbvio, deverá ser inadmitida por inadequação da via eleita, mas na hipótese em testilha, a demanda é juridicamente possível e deve ser objeto da prestação e da entrega da tutela jurisdicional do estado.⁴³

⁴⁰ Na doutrina, há quem aponte o problema na certificação da ação como coletiva ou individual e, diante disso, as demandas deverão receber o tratamento correspondente. “A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadãos ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴¹ Vale mencionar que o art. 506, CPC, permite a conclusão de que foi adotado o regime *in utilibus* na sentença, pois o resultado do processo não pode prejudicar terceiros, mas pode gerar benefícios.

⁴² “No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é a proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo, diretamente atingido. A ação, o processo e coisa julgada, na hipótese, pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições processuais do CPC. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos – provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedido da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada –, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se, como exemplo, a questão ambiental (...).” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva. 2003. p.528.

⁴³ “Parece que esta é uma forma de contornar o óbice da inconstitucionalidade, que consiste na violação ao princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. A vedação do caminho individual só existiria, segundo esse raciocínio, para os direitos que definitivamente não apresentam essa dimensão individual. Observe-se que, na verdade, não se trata propriamente de uma vedação, senão que como o indivíduo, isoladamente, nada tem a ver com esse direito, não pode estar em juízo formulando pretensão a seu respeito, uma vez que o interesse não tem dimensão individual. Por outro lado, admitir que a via da defesa individual, ficaria bloqueada, e não se estabelecer a necessidade do litisconsórcio, seria inconstitucional porque violaria o princípio da ampla defesa: se um direito meu está sendo discutido, e se a respeito dele vai haver uma decisão, eu tenho de ser cientificado para poder, se quiser, estar presente.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O Superior Tribunal de Justiça, em *obiter dictum*, reconheceu a possibilidade de os indivíduos ameaçados ou lesados promoverem uma demanda individual, ainda que o interesse subjacente, em uma visão macro, fosse difuso.⁴⁴

Vale lembrar que o indivíduo, salvo na condição de cidadão para fins de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII, CR/1988 c/c art. 1º, LAP), não ostenta legitimidade ativa para a condução de um processo coletivo⁴⁵, ainda que verse sobre direito individual homogêneo (art. 81, p.u., III, CDC). O que o ordenamento permite é a sua intervenção individual em processo coletivo, na forma do art. 94, CDC c/c art. 18, p.u., CPC e a sua intervenção como cidadão-eleitor nos casos em que a demanda coletiva proposta por um legitimado coletivo tenha o mesmo objeto de uma possível ação popular (art. 1º LAP).

Caso o juiz decida aplicar a norma do art. 139, X, CPC, conforme sugerido acima, para cientificar os legitimados coletivos e seja verificada a sua inércia, surge a necessidade de enfrentar a consequência jurídica inerente. O CPC não resolve o problema, pois limita-se a indicar que os legitimados serão cientificados para a propositura da demanda coletiva.

⁴⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA REFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstivesse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: “o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos”. O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendência deveria ser resolvida através de ação civil pública. II – Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (CC, art. 554). III – Acórdão que fala *obiter dictum* em “meio ambiente” dá ensanchas a recurso especial, e não a recurso extraordinário. IV – Recurso conhecido e provido. (REsp 163.483/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 29/03/1999, p.150).

⁴⁵ Com uma bela síntese sobre as críticas à Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas, podemos mencionar as lições de Larissa Claire Pochmann da Silva: “No Brasil, a não inclusão expressa da legitimidade do indivíduo para a ação civil é associada a uma má experiência com a ação popular, em que o legitimado é o cidadão. Destaca Eurico Ferraresi que o que se temia era a ‘banalização das demandas coletivas’, a partir do raciocínio de que o brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas’. Se pudesse utilizá-las, poderia gerar ‘inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas.’ De acordo com José Carlos Baptista Puoli, nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/1985, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas, já que, na prática, seriam recursos pouco utilizados. Ademais, sustenta-se que muitas vezes os lesados sequer conhecem seus direitos e ficarão em situação de desvantagem em face do autor das lesões, que possui maior potencial econômico para contratar bons profissionais para seu assessoramento, produzir provas e arcar com os custos processuais. Além desses argumentos, ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras. Aponta-se, por fim, uma falta de interesse do indivíduo para defender interesses difusos, na medida em que inexistiriam vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Assim, pode-se perceber que todos os argumentos que rechaçam a atuação do indivíduo estão relacionados aos valores altos de custas processuais e de honorários advocatícios, ao seu despreparo para atuar em nome da coletividade e à falta de interesse de agir, se for considerado que sua lesão é de um valor muito pequeno diante do valor total de todos os afetados.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013. p.163/164.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado coletivo (posto responsável pela maioria das demandas coletivas propostas) ativo, a solução pode ser encontrada em nosso próprio sistema. Na hipótese do Ministério Público quedar-se inerte, apesar de o CPC sequer fixar um prazo para a sua manifestação, poder-se-ia sustentar a ciência ao Procurador Geral de Justiça (art. 28, CPP) para ratificar ou não a inércia do membro do Ministério Público, mediante aplicação analógica das regras do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação remetidas pelo órgão jurisdicional (art. 40, CPP). A melhor solução, a meu sentir, seria a aplicação da norma do art. 139, X, CPC, com a fixação de um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste. Findo o prazo, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa em sentido negativo, nos casos do Ministério Público, deverá o magistrado remeter as peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da LACP), por aplicação analógica do sistema de arquivamento do inquérito civil, para o devido reexame da manifestação do membro. Não há a necessidade de utilização do CPP, pois o próprio microsistema da tutela coletiva nos indica a melhor solução.

A questão ganha novos contornos quando o art. 139, X, CPC, for usado para cientificar os demais legitimados coletivos referidos. Nestes casos, findo o prazo fixado pelo juiz, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa negativa, deverá ser cientificado o Ministério Público para ciência e adoção das medidas pertinentes.

Não é demais lembrar que, ao contrário do que ocorre no processo penal⁴⁶, não há no processo coletivo a possibilidade de ajuizamento de ação civil privada subsidiária da pública, por ausência de previsão legal. Entretanto, há quem sustente, de *lege ferenda*, esta possibilidade.⁴⁷ Apesar de reconhecer a ausência de amparo legal para a possibilidade do indivíduo promover uma ação civil privada subsidiária, há a necessidade de, ao menos, enfrentar o tema, pois nem sempre os legitimados coletivos poderão ou quererão agir, seja por questões afetas às suas atribuições funcionais (nos casos do Ministério Público, da Fazenda Pública e da Defensoria Pública) ou por falta na localidade de representantes da sociedade civil organizada.⁴⁸

Para parte da doutrina, negar a possibilidade do indivíduo ostentar legitimidade ativa para a propositura da demanda coletiva é criar uma vedação ao seu acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988), pois restringiria o exercício judicial de sua pretensão somente

⁴⁶ Com a possibilidade de ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

⁴⁷ Impende salientar, contudo, que no âmbito do direito empresarial, há a possibilidade de uma legitimidade extraordinária subordinada derivada da inércia do legitimado originário, conforme se verifica no art. 159, §3º da LSA. Há, na doutrina, quem sustente a possibilidade de utilização do mesmo sistema do processo penal ao processo coletivo, através da criação, de *lege ferenda*, da Ação Civil Privada Subsidiária da Pública. SANTOS, Ana Lucia Torres. *A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Defesa em 1º de agosto de 2010.

⁴⁸ “A questão é que se aguarda uma atuação de um dos legitimados, em uma presunção criada de que eles irão atuar quando nem sempre irão. Contudo, basta que não haja uma associação no local do dano, que o cargo da promotória ou da defensoria estejam vagos ou simplesmente que a região do dano seja afastada da atuação dos legitimados para que tenham ciência da lesão ou da ameaça à lesão a direitos, que não haverá a ação coletiva ajuizada.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

aos casos de processos individuais. Afirmar a possibilidade de tal legitimação acarreta, a rigor, uma efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, segundo este entendimento, vedar a sua legitimidade ativa acarretaria a possibilidade de manter-se uma situação de ameaça e/ou lesão ao direito material subjacente enquanto os legitimados coletivos ficam inertes.⁴⁹ Seguindo este entendimento, tanto o indivíduo afetado pelo evento quanto algum que não seja afetado poderá ostentar a legitimação ativa, mas sem afastar a possibilidade do controle *ope iudicis* da representatividade adequada, em virtude da inexistência de previsão legal expressa da sua legitimidade (controle *ope legis*).⁵⁰

Em suma, sobre a possibilidade de um indivíduo tutelar interesse transindividual, podemos apontar as seguintes posições: a) inadmissibilidade da atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas por absoluta ausência de previsão legal; b) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas somente nos casos de inércia dos legitimados coletivos, através da ação civil privada subsidiária da pública e c) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas diretamente com base no princípio do acesso à justiça com o devido controle judicial da representatividade adequada no caso concreto.

8. Coletivização das Demandas Individuais

O CPC/2015 preconizou a coletivização das demandas individuais através do emprego de técnicas e incidentes, quais sejam: i) intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva (artigo 139, inciso X); ii) conversão de ação individual em ação coletiva (artigo 333) e iii) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976).

Estas técnicas fazem parte do microssistema da teoria dos precedentes, pois têm como objetivo conferir segurança jurídica e isonomia, na medida em que evitam dispersão de precedentes em mesma situação jurídica ensejadora das demandas.

⁴⁹ “Especificamente sobre a legitimidade na tutela coletiva, não atribuir legitimidade ao indivíduo é denegar o seu acesso à justiça. O indivíduo não deve ter sua atuação restrita ao processo individual, apenas aguardando a atuação dos legitimados previstos na legislação. Em uma visão constitucional do processo civil, não faria sentido deixar um direito ficar exposto a uma lesão reiteradamente ou que uma ameaça de lesão a direito se transforme em uma lesão efetiva a direito. (...). Dessa forma, o que se pretende não é afirmar que o indivíduo deve atuar ou deve ser o único legitimado, mas sim que a legitimidade deve ser ampla para a tutela coletiva, de modo que as lesões ou ameaças de lesão a direitos transindividuais não deixem de ser tutelados.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

⁵⁰ “Como a atuação do indivíduo enquanto legitimado ativo na ação civil pública não possui previsão legal expressa, poderia simplesmente se adotar o controle pelo juiz no caso concreto, ao fundamento de que esta atuação não estaria abrangida pelo sistema de legitimação *ope legis*. Este seria o melhor raciocínio para se instrumentalizar a atuação do indivíduo como legitimado ativo para a ação civil pública sem precisar realizar mudanças no sistema. (...)” Todavia, em relação ao indivíduo será possível aferir a sua credibilidade, sua capacidade, sua representatividade perante o grupo, bem como seus conhecimentos em relação à lesão ou ameaça de lesão que pretende tutelar. Pode não ser ele o afetado pelo dano, mas deve ter conhecimento da tutela que buscará em juízo. É importante garantir que o indivíduo não atue como legitimado ativo para buscar apenas suas pretensões individuais: deve trazer a juízo as pretensões da classe.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

A *intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva*, que será abordada em tópico abaixo, visa reunir ações individuais repetitivas em uma única ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

A *conversão de ação individual em ação coletiva*, que foi vetada e, portanto, não ingressou em nosso ordenamento jurídico, tinha como objetivo precípua coletivizar as ações propostas como individuais, quando, na verdade, deveriam ter sido propostas como ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Este instituto deveria ser aplicado aos casos de ações individuais com efeitos coletivos (artigo 333, inciso I), bem como aos casos de ações pseudoindividuais (artigo 333, inciso II).

Neste ponto, impende destacar as diferenças entre ações meramente/puramente/tipicamente individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais.

As *ações puramente/meramente/tipicamente individuais* são aquelas em que a pretensão também é pessoal, veiculando um direito subjetivo. Nestes casos, o resultado da demanda atingirá a esfera jurídica das partes, na forma do artigo 506, CPC/2015.

As *ações individuais com efeitos coletivos* são aquelas ajuizadas como individuais, mas cujo resultado, ainda que indiretamente, atingirá a todos. São ações que, em função do pedido, os efeitos da sentença atingem a própria coletividade.

As *ações pseudoindividuais* são aquelas lastreadas em uma relação, fática ou jurídica, de direito material incindível/indivisível que, por via de consequência, deve receber uma tutela jurisdicional unitária. Assim, o pedido formulado na demanda, embora baseado em interesse subjetivo, deveria ter sido formulado coletivamente.

O *incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*, que será estudado em capítulo próprio, ao qual remetemos o leitor, tem por finalidade a fixação de tese jurídica que será aplicável aos casos futuros, quando existirem demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito, material ou processual.

As demandas repetitivas, portanto, poderão ser objeto da técnica prevista no artigo 139, inciso X, e do IRDR. Entretanto, os objetivos e efeitos são diversos.

A técnica prevista no artigo 139, inciso X, tem por objetivo provocar a propositura de uma demanda coletiva para a obtenção de eficácia subjetiva *erga omnes*, na forma do artigo 103, inciso III, CDC.⁵¹ Com o julgamento da demanda coletiva, haverá óbice para a propositura de outras demandas coletivas, caso o resultado seja diverso da improcedência por insuficiência de provas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por sua vez, tem por objetivo a uniformidade da aplicação do ordenamento jurídico através da fixação de uma tese jurídica que valerá para todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito. Assim, cada caso novo, que verse sobre a mesma questão de direito, ensejará a realização de um novo julgamento para aplicação da tese jurídica fixada.

⁵¹ Adotamos a nomenclatura apresentada por estar prevista literalmente no CDC, mas sustentamos que a nomenclatura correta seria *erga victmae*, pois a eficácia subjetiva não atinge a todos de forma indistinta, mas sim às vítimas do evento.

9. Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogêneos⁵²

Os direitos repetitivos são parecidos com os individuais homogêneos, mas, ao invés de decorrerem de uma origem comum, de fato e de direito, são apenas semelhantes.⁵³ As demandas repetitivas têm fundamento em situações jurídicas homogêneas, mas possuem um perfil que não permite circunscrevê-las aos direitos individuais homogêneos.⁵⁴

Caso existam diversas demandas em curso versando sobre a mesma questão de fato (fato de origem comum), poderá, conforme a hipótese, ensejar a necessidade de coletivização da demanda (não se trata de conversão da demanda individual em coletiva, posto vetada!) através da propositura de Ação Coletiva (Ação Civil Pública), com fulcro no artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8078/1990. Na hipótese de fato de origem comum, com sujeitos determinados, que pertencem a uma coletividade, poderá ser identificado interesse individual homogêneo. Os direitos individuais, quando coexistirem por uma origem comum, darão vida ao direito individual homogêneo.⁵⁵

10. Sistema do *Fair Notice e Right to Opt In or Out* Aplicável aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogêneos

No estudo do processo coletivo comum, notadamente quando existir a concomitância de demandas coletivas e demandas individuais sobre o mesmo tema, exsurge, de imediato, indagação a respeito da estabilidade das relações jurídicas subjacentes, ante a inegável possibilidade de proferimento de decisões judiciais conflitantes.

O objetivo do presente estudo não é o de aprofundar a abordagem do processo coletivo e seus consectários lógicos, mas imprescindível abordar alguns aspectos que poderão ser atingidos por este novo sistema testilhado.

O legislador, prevendo a necessidade de equacionar os problemas resultantes dos litígios em massa, positivou as demandas coletivas com o fito de resolver, no bojo de um único processo judicial, todas as questões envolvidas, por meio da atuação de um legitimado coletivo.

⁵² O tema referente às questões repetitivas e às demandas coletivas foi devidamente aprofundado no capítulo acerca dos tipos de demandas individuais e coletivas.

⁵³ “Os titulares dos direitos repetidos não formam uma coletividade além daquela que só pode ser constatada no caso concreto, analisando-se quem tem um direito semelhante a outro.” (...) “se considerou como repetitivas as demandas provenientes de situações de fato ou relações jurídicas idênticas, baseadas exatamente nos mesmos fundamentos legais. Com isso, ‘a identidade de fundamento legal que gerou a demanda e a base de incidência fática comum confere ao litígio grau máximo de semelhança. O que muda é apenas e exclusivamente o nome das partes.’” WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. Editora Juruá, 2015.

⁵⁴ “São demandas-tipo, decorrentes de uma relação modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 186, p.87-98, ago 2010, p.90.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 72, p.13, out/dez 2009. VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. Editora Livraria do Advogado. 2014.

Entretanto, o sistema processual coletivo, instaurado através das inúmeras normas jurídicas, não impede o ajuizamento de demandas individuais correlatas às demandas coletivas. A ausência deste impedimento resta evidente nos artigos 103, §§ 1º ao 3º, e 104, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12016/2009).

Este sistema prevê a necessidade de intimação, no bojo da demanda individual, do autor da ação para que, no prazo decadencial de trinta dias, exerça o direito de optar (*right to opt*) entre o sistema de inclusão (*right to opt in*) ou o de exclusão (*right to opt out*) da demanda coletiva proposta.

A intimação (*fair notice*) é indispensável para a configuração do sistema, pois a mera publicidade preconizada no artigo 94, do CDC, não tem o condão de garantir a plena ciência da existência de demandas coletivas, versando sobre a mesma situação jurídica das demandas individuais correlatas. Caso não seja conferida ao autor da ação individual a oportunidade processual de se manifestar, restará relegado a oblióvio o princípio do acesso à justiça (artigo 5, inciso XXXV, da Constituição da República), bem como o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5, inciso LIV, da Constituição da República).

Por este sistema, caso o autor individual queira beneficiar-se do resultado jurídico da demanda coletiva, deverá se manifestar de forma expressa, dentro do prazo fixado, e requerer sua suspensão. Por outro lado, caso o seu desejo seja o de manter-se imune ao resultado da demanda coletiva, bastará sua inércia no prazo fixado. Somente poderá valer-se do transporte *in utilibus*, previsto no artigo 103, §3º, do CDC, o autor individual que optar pela suspensão da sua demanda.

A despeito da semelhança entre as redações, o sistema preconizado na Lei do Mandado de Segurança e na Lei do Mandado de Injunção determina que o impetrante da demanda individual, dentro do prazo decadencial de trinta dias, devidamente intimado para tal desiderato, deverá desistir de sua impetração para se beneficiar do resultado da demanda coletiva.

Tal sistema viola, a nosso sentir, as normas jurídicas ínsitas nos artigos 5, inciso XXXV e LXIX, da Constituição da República, pois retira do cidadão o seu direito de acesso à justiça por meio da utilização de remédio jurídico constitucional adequado. Contudo, para evitar o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma com a devida pronúncia de sua invalidade, aplicar-se-á o microsistema da tutela coletiva. Assim, as normas jurídicas dos artigos 22, §1º, da Lei nº 12016/2009 e 13, parágrafo único da Lei nº 13300/2016, deverão ser lidas na forma prevista no artigo 104, CDC.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, através da sua Segunda Seção, mesmo antes do advento do CPC/2015, aplicou a principal consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas. No bojo do Recurso Especial nº 1.110.549/RS⁵⁶, admitido pelo sistema de recursos repetitivos, fixou entendimento

⁵⁶ "RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1 –. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários,

no sentido da possibilidade da suspensão automática das ações individuais, quando houver a propositura de demanda coletiva sobre o mesmo tema.

À guisa de conclusão, o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC/2015, retira do autor da demanda individual o seu direito de optar por prosseguir ou suspender sua demanda individual, pois permite a suspensão *ope legis* (artigo 982, I, CPC) das demandas individuais e coletivas quando versarem sobre situações jurídicas homogêneas.

A questão mais relevante, no sentido da aplicação prática deste incidente, é saber se haverá revogação tácita das normas da tutela coletiva que trazem a previsão do sistema do *fair notice* e *right to opt in or out* (artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança e 13, parágrafo único da Lei do Mandado de Injunção).

Considerando as premissas fixadas nos tópicos anteriores, a propositura de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos é um claro indício de que há a possibilidade de multiplicação de demandas individuais com mesmo fundamento e objeto.

A rigor, há similaridade entre as ações coletivas que tutelam interesses individuais homogêneos e o incidente em testilha. Entretanto, as semelhanças se encerram somente na primeira análise, qual seja, de resolução da mesma questão posta em juízo, atingido o seio da coletividade e evitando, com isso, a multiplicação das demandas. Após análise mais detida, conforme doutrina de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, verifica-se que os institutos são deveras diversos⁵⁷.

As ações coletivas possuem as seguintes características:

- a) Ação acidentalmente coletiva que agrega inúmeras pretensões individuais que poderiam ter sido propostas autonomamente;
- b) O objeto da cognição enseja um exame conjunto de questões comuns de fato e de direito, pertinentes a uma série de pretensões individuais;
- c) A eficácia da decisão, além de formadora de título executivo judicial, gera projeção *erga omnes*, a depender do resultado da demanda (*secundum eventus litis*). Haverá possível vinculação à autoridade da coisa julgada material;

suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.– Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3.– Recurso Especial improvido”.

⁵⁷ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. Na opinião de Marinoni, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.177.

d) O titular da pretensão não poderá exercê-la, portanto, será o legitimado coletivo o responsável pela propositura da demanda. Apesar desta restrição, será possível a intervenção individual na forma do artigo 94 do CDC;

e) A suspensão da demanda individual seguirá as regras dos artigos 104 do CDC e 22, §1º, da Lei nº 12016/2009. Trata-se de suspensão opcional que deverá ser requerida no prazo decadencial de trinta dias, contados da intimação do autor da ação individual.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, por seu turno, possui as seguintes características:

a) Trata-se de procedimento de resolução de questão jurídica controvertida, comum a várias ações reais, as quais mantêm sua autonomia procedimental;

b) O objeto da cognição consiste no exame conjunto das questões de direito;

c) A decisão acarretará uma vinculação à resolução da questão jurídica. Trata-se de precedente vinculante com projeção *erga omnes* da *ratio decidendi*, da tese jurídica geral reconhecida;

d) Terão legitimidade para suscitar o incidente as partes: o Ministério Público, a Defensoria Pública, o relator e o juiz;

e) Haverá suspensão obrigatória dos processos individuais em que se controverta a respeito da mesma questão jurídica objeto do incidente.

Assim, diante das características dos institutos, podemos concluir pela manutenção do regime previsto para os processos coletivos em frente aos processos individuais que versarem sobre a mesma questão de direito. Em outras palavras, as normas jurídicas, ínsitas nos artigos 104 do CDC e 22, §1º, da Lei nº 12016/2009, manter-se-ão hígidas diante do incidente de resolução de demandas repetitivas.

11. Recorribilidade das Decisões Interlocutórias e o Regime da Preclusão Imediata

O CPC/2015 modificou de maneira substancial o regramento conceitual, recorribilidade e o regime de preclusão das decisões interlocutórias (intermédias).

O artigo 203, §2º, CPC/2015, preconiza um conceito por exclusão das decisões interlocutórias, ou seja, não indica expressamente o conceito, apenas afirma que será todo ato judicial decisório que não esteja abrangido pelo conceito legal de sentença previsto no artigo 203, §1º, CPC.

Podemos afirmar, portanto, que a decisão interlocutória pode possuir o conteúdo típico de uma sentença (artigos 485 e 487, CPC), desde que não acarrete o seu efeito típico de encerrar uma das fases do processo (cognitivo ou executivo). Caso o ato judicial tenha o conteúdo previsto nos artigos citados, mas acarrete a resolução parcial (parcela do elemento subjetivo ou objetivo da demanda), antecipada será, também, uma decisão interlocutória, conforme preconizam os artigos 354, parágrafo único e 356, §5º, CPC.

Além da mudança conceitual, o CPC/2015 alterou o regime da recorribilidade e da preclusão das decisões interlocutórias. Com o advento do novel diploma, as decisões interlocutórias passaram a ser agrupadas da seguinte forma: a) decisão interlocutória agravável sujeita ao regime de preclusão imediata; b) decisão interlocutória não agravável recorrível sujeita ao regime de preclusão postecipada e c) decisão interlocutória não agravável irrecorrível.

As decisões interlocutórias agraváveis encontram-se dispostas no rol taxativo previsto no artigo 1015, CPC. Apesar de ser taxativo, é plenamente factível sustentar a possibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses previstas. Impende salientar, contudo, que, nos casos previstos no parágrafo único, todas as decisões interlocutórias serão recorríveis, pois o legislador não indicou quais seriam as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Nestas decisões interlocutórias, o regime de preclusão será imediato, caso não seja interposto o respectivo recurso de agravo de instrumento. Vale mencionar que, apesar da ausência da previsão expressa no rol do artigo 1015, CPC, o ato judicial que recebe a inicial da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa é passível de agravo de instrumento, conforme artigo 17, §10 da Lei nº 8429/1992. Em verdade, esta norma prevista na lei de improbidade administrativa encontra lastro no inciso XIII do artigo 1015, CPC. Tal hipótese, com base no microssistema da tutela coletiva, deverá ser aplicável aos demais processos coletivos. Assim, possível sustentar que tal ato, ao menos nos processos coletivos⁵⁸, terá natureza jurídica de decisão interlocutória agravável.

As decisões interlocutórias não agraváveis recorríveis são aquelas que não estão abrangidas pelo rol taxativo do artigo 1015, CPC, bem como não podem ser objeto da interpretação extensiva. Tais decisões deverão ser objeto de impugnação através do recurso de apelação ou nas contrarrazões da apelação (espécie de recurso subordinado), conforme a hipótese. Somente haverá preclusão das decisões interlocutórias caso as partes não realizem a impugnação na forma do artigo 1009, §1º, CPC, portanto, o regime de preclusão é o postecipado (em momento processual posterior).

⁵⁸ Nos processos individuais, existe divergência doutrinária sobre o tema, mas que não será enfrentado neste momento, por fugir ao propósito do tópico.

As decisões interlocutórias não agraváveis irrecorríveis são aquelas que não permitem, como a própria classificação faz supor, a interposição do agravo de instrumento (artigo 1015, CPC) ou até mesmo a impugnação posterior através da apelação ou das contrarrazões (artigo 1009, §1º, CPC). Há previsões expressas gerando a impossibilidade jurídica da impugnação recursal, tais como: artigos 138 c/c 950, §3º, CPC (decisão interlocutória que admite a intervenção do *amicus curiae*, apesar da redação do artigo 1015, IX, CPC); artigo 382, §4º, CPC (decisão interlocutória proferida no bojo do procedimento da produção antecipada de provas), e artigo 1007, §6º, CPC (decisão interlocutória que releva a pena de deserção).

Apesar destas mudanças ocorridas no CPC, reputamos inaplicáveis aos processos coletivos. Nos processos coletivos, todas as decisões interlocutórias são agraváveis sujeitas a regime jurídico da preclusão imediata, portanto, inaplicável a classificação dicotômica (agravável e não agravável) das decisões interlocutórias. O artigo 19, §1º da Lei nº 4717/1965, preconiza expressamente que as decisões interlocutórias proferidas ao longo do processo de Ação Popular serão passíveis de agravo de instrumento.⁵⁹ Deste modo, com espeque no microsistema da tutela coletiva (artigos 21 da Lei nº 7347/1985 c/c 90 da Lei nº 8078/1990), tal norma será aplicável aos demais processos coletivos.⁶⁰

Impende destacar, também, o contexto histórico no qual se encontra inserida norma do artigo 19, §1º da Lei nº 4717/1965. À época da sua promulgação, o sistema da recorribilidade das decisões interlocutórias era deveras semelhante ao que ora se apresenta no CPC/2015, pois o cabimento do recurso de agravo de instrumento e do agravo no auto processo estava condicionado à presença das hipóteses taxativamente previstas nos artigos 842 e 852 do CPC/1939, respectivamente.⁶¹

⁵⁹ “Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. §1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. §2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público.”

⁶⁰ “Na aplicação do art. 1015, XIII, do Novo CPC deve ser destacado o art. 19, §1º, da Lei nº 4717/1965. Nos termos deste dispositivo, das decisões interlocutórias proferidas na ação popular é cabível agravo de instrumento. Acredito, inclusive, que por força do microsistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e não só à ação popular. Ou seja, todas as decisões interlocutórias proferidas em ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação civil pública e ação de improbidade administrativa, são recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicação conjunta dos arts. 1015, XIII, do Novo CPC e do 19 da Lei nº 4717/65 inspirada pelo microsistema coletivo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª edição. p.1559. Editora Juspodivm. No mesmo sentido, vale destacar: “A regra do art. 19, §1º, da Lei nº 4717/1965 configurava-se como uma especialização do procedimento da ação popular, em relação ao procedimento comum previsto no CPC-1939. Mantém-se a regra, atualmente, como uma especialização do procedimento da ação popular em relação ao procedimento comum previsto no CPC-2015. Assim, incide a regra do §2º do art. 1046 do CPC-2015: ‘§2º – Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.’” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.262. Editora Juspodivm.

⁶¹ “A Lei de Ação Popular foi promulgada ao tempo do CPC-1939, cujo sistema de impugnação das decisões interlocutórias previa o cabimento do agravo de instrumento (art. 842, CPC-1939), em hipóteses típicas, e o agravo no auto do processo, em outro rol de hipóteses típicas (art. 852, CPC-1939).” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.261. Editora Juspodivm.

Como argumento de reforço à tese da recorribilidade ampla, podemos mencionar o artigo 1046, §2º, CPC/2015, que, de forma expressa, mantém a vigência das leis especiais (*disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis*) que não foram expressamente revogadas pelo artigo 1072, CPC/2015.

Resta saber se esta hipótese de cabimento de agravo de instrumento deve ser inserida no artigo 1015, XIII⁶² ou no 1015, parágrafo único, CPC/2015⁶³. Penso ser indiferente para fins de fulcrar a possibilidade de recorribilidade ampla das decisões interlocutórias no processo coletivo, posto decorrência direta da norma da Lei de Ação Popular, mas, para fins meramente teóricos, o fulcro mais correto deva ser o artigo 1015, parágrafo único, CPC, pois o próprio legislador não indicou hipóteses de recorribilidade, mas a possibilidade de recurso de agravo de instrumento de forma genérica (rol exemplificativo). No artigo 1015, XIII, CPC/2015, por outro lado, ressaltou a possibilidade de normas jurídicas especiais indicarem outras hipóteses de recorribilidade, podendo tratar-se, seguindo a ideia central do próprio artigo, de rol taxativo.

12. Tutelas Provisórias no CPC/2015 e a Repercussão nos Processos Coletivos

O CPC/2015, no tocante às outrora nominadas tutelas de urgência, doravante denominadas tutelas provisórias, preconizou regras inéditas, bem como apresentou teses consolidadas na doutrina e jurisprudência e readequou alguns institutos. Com o fim de facilitar a visualização, sem prejuízo da abordagem em seguida, listamos as principais mudanças neste tema:

a) O legislador sistematizou as tutelas de urgência. Com o advento do CPC/2015, o gênero será Tutela Provisória, composta das seguintes espécies: tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência poderá ser cautelar ou antecipada, conforme a hipótese. Em ambos os casos, tais tutelas poderão ser antecedentes ou incidentais. Tais tutelas correspondem ao que a doutrina atual denomina de tutela de segurança. Por outro lado, o legislador positivou a tutela de evidência de forma expressa. Tal medida, já consagrada na doutrina, tinha previsão no artigo 273, inciso II, CPC/1973, mas sem a utilização expressa deste *nomem iuris*.

b) O Processo Cautelar, como processo autônomo, deixa de existir. As medidas cautelares, então existentes, serão requeridas no bojo do mesmo processo, sem a necessidade de instauração de relação jurídica processual nova.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª edição. p.1559. Editora Juspodivm.

⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. p.262. Editora Juspodivm.

c) Apesar da extinção do processo cautelar autônomo, manter-se-á a instauração de nova relação jurídica processual nas hipóteses de tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente (artigo 305 CPC/2015). Isso nada mais é do que uma nova sistematização da antiga ação cautelar incidental (artigos 801, inciso III c/c 806 e 808, inciso I do CPC/1973).

d) A tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente poderá, ou não, ao contrário do sistema do CPC/1973, ensejar a existência de duas relações jurídicas processuais autônomas. O artigo 308, §1º, CPC/2015, preconiza a possibilidade de o requerente formular, nos mesmos autos, o pedido cautelar e o pedido principal. No artigo 308, *caput*, CPC/2015, consta regra semelhante à existente no artigo 806, CPC/1973.

e) As medidas cautelares típicas ou nominadas deixam de existir como regulamentação autônoma. A rigor, houve uma supressão dos procedimentos cautelares nominados ou típicos. Assim, tais medidas, dispostas em rol exemplificativo no artigo 301, CPC, não ostentam mais procedimentos cautelares especiais respectivos e deverão, portanto, seguir o procedimento comum, conforme artigo 318, CPC.

f) As medidas cautelares típicas, existentes à época do CPC/1973, poderão ser concedidas, a despeito da inexistência de procedimento próprio delineado. Serão, portanto, concedidas no bojo de um processo, mas como objeto de uma tutela provisória.

g) As tutelas de urgência foram reunidas sob um mesmo livro, ensejando estudo conjunto com premissas semelhantes, tal como delineado à época do CPC/1973, em seu artigo 273, §7º, que previa a fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. O legislador, ante a proximidade conceitual, regulamentou tais modalidades de tutela jurisdicional em um único título. Apesar de a tutela antecipada ser tratada pelo legislador como uma modalidade de tutela jurisdicional, trata-se de técnica de decisória para antecipar os efeitos práticos do provimento jurisdicional final (tutela jurisdicional definitiva).

h) Não há previsão legal expressa, tal como havia no CPC/1973 (artigo 273, §7º), de fungibilidade entre as tutelas de urgência, mas é plenamente possível sustentar a aplicação ampla da fungibilidade, conforme artigo 305, parágrafo único, CPC.

i) Não há mais previsão expressa do poder geral de cautela, como havia no artigo 798, CPC/1973. O CPC/2015 somente se refere ao poder geral de efetivação das medidas de urgência já deferidas, conforme artigos 139, IV e 297. Apesar disso, é factível sustentar a manutenção do poder geral de cautela.

j) Não há mais referência expressa à possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares (artigo 798 CPC/1973).

k) Não há referência expressa às tutelas jurisdicionais inibitórias, apesar de tais medidas restarem consolidadas na doutrina e jurisprudência. Entretanto, tal modalidade de tutela jurisdicional ainda poderá ser utilizada com fulcro nas seguintes normas jurídicas: artigo 5º, inciso XXXV, CR/1988; artigos 139, inciso IV, 536, §1º e 538, §1º, CPC/2015; artigo 84, §5º Código de Defesa do Consumidor e artigo 11 da Lei nº 7347/1985.

l) previsão de requerimento da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, quando a urgência for concomitante ao ajuizamento da demanda e a possibilidade da sua estabilização, conforme artigos 303 e 304, CPC.

Para os fins deste tópico, faremos uma pequena introdução sobre o tema e as suas principais mudanças e abordaremos, ato contínuo, duas possíveis repercussões nos processos coletivos: a) tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização; b) aplicabilidade do art. 308, CPC aos processos de improbidade administrativa.

Com o advento da novel codificação, surgiu um novo gênero de tutela jurisdicional, denominado Provisória. A Tutela Provisória, dotada de sumariedade e precariedade, tem por objetivo antecipar provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva. Esta modalidade de tutela jurisdicional contém, conforme redação do artigo 294, CPC, as seguintes espécies: Tutela de Urgência (ou de Segurança) e a Tutela de Evidência.

A Tutela de Urgência (artigo 300, CPC) subdivide-se em: tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada.

A Tutela de Urgência, que gera, a rigor, a antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva, poderá, ainda, ser satisfativa ou cautelar. A tutela satisfativa, chamada de antecipada, poderá ser de urgência ou de evidência. A tutela cautelar, por seu turno, sempre será de urgência.

Por fim, no que pertine ao momento processual do requerimento da tutela jurisdicional, as tutelas provisórias de urgência (antecipada ou cautelar) poderão ser requeridas de forma antecedente ou incidental (artigos 299, 303 e 305, CPC). A tutela de evidência, ao reverso, somente poderá ser requerida de forma incidental (artigo 311, CPC).

Apesar de a nova sistematização facilitar a compreensão dos institutos, não há que se confundi-los com as medidas liminares. As medidas liminares ou simplesmente liminares (termo já difundido na praxe dos tribunais) refletem somente uma técnica decisória de concessão de uma medida de urgência (vale mencionar o artigo 311, parágrafo único, CPC). Em outros termos, a denominada medida liminar significa que o magistrado apreciou, para conceder ou rejeitar, a medida de urgência requerida *in limine litis*, ou seja, no início da relação jurídica processual, antes de qualquer manifestação do demandado e, até mesmo, antes de sua citação.

As medidas liminares, por tal razão, poderão ter como objeto todas as medidas de urgência conhecidas. Assim, as medidas liminares incluem todas as tutelas provisórias.

Feito o introito, vamos enfrentar as repercussões da nova sistemática nos processos coletivos. Toda a nova sistematização das tutelas provisórias, inclusive a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente com a possibilidade de estabilização (artigos 303 e 304, CPC)⁶⁴, será plenamente aplicável aos processos coletivos. O artigo 4º da Lei nº 7347/1985⁶⁵ não afasta a aplicabilidade das normas das tutelas provisórias aos processos coletivos, pois refere-se somente à possibilidade do ajuizamento de ação cautelar para os fins de proteger os interesses previstos no artigo 10 da mesma lei. Os artigos 12 da Lei nº 7347/1985, 5º, §4º da Lei nº 4717/1965⁶⁶ e 7º, III da Lei nº12016/2009⁶⁷, por sua vez, trazem somente previsões genéricas, permitindo ao órgão jurisdicional a concessão de tutela provisória em caráter liminar. Há, contudo, que adequar a redação da norma do artigo 12 da Lei nº 7347/1985, pois, em verdade, não haverá mais a necessidade de ajuizamento de ação cautelar, mas a formulação do pedido cautelar (em caráter antecedente ou em caráter incidental).

Nada obstante à aplicabilidade das regras das tutelas provisórias aos processos coletivos, imprescindível abordar os seguintes aspectos: a) qual será o marco processual no procedimento da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa para fins de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente? b) qual deverá ser o procedimento aplicável quando for requerida tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente?

No confronto analítico entre a sistematização das tutelas provisórias e o procedimento da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, surge a seguinte indagação: *para fins de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, qual deverá ser o marco processual?*

Para responder aos termos da indagação, mister apresentar a sistematização do tema no CPC/2015.

O legislador criou instituto substancialmente novo com o artigo 303, CPC/2015. Trata-se de uma tutela provisória de urgência de segurança, cujo objetivo é a obtenção de tutela antecipada de forma antecedente. A tutela antecipada, no âmbito do

⁶⁴ Informamos ao leitor que o tema não será enfrentado, pois carece de abordagem específica e perfunctória, portanto, refoge ao objetivo do presente trabalho. Ademais, não há regra prevista no microsistema que possa afastar a sua aplicabilidade.

⁶⁵ “Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶⁶ “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

⁶⁷ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

CPC/1973, conforme artigo 273, tinha como objetivo a antecipação dos efeitos práticos do provimento jurisdicional. A essência do referido instituto não foi alterado com o advento do CPC/2015, mas, sim, sua forma de requerimento.

Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.⁶⁸ Trata-se de tutela provisória de segurança que exige, portanto, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é representado pela necessidade da exposição da lide e do direito que se busca realizar. O legislador não mais exige a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, pois se contenta com a mera exposição do direito material da parte. O *periculum in mora* é representado pelo perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. O legislador não mais exige a demonstração de que o dano é irreparável ou de difícil e incerta reparação.

Assim como no ordenamento anterior, o legislador refere-se somente ao requerimento por meio de uma inicial e ao pedido final. Desta forma, será mantida a celeuma acerca da possibilidade de o réu formular tal requerimento ou se o instituto permanecer de uso exclusivo, conforme a literalidade da norma, da parte autora. Entendemos que tanto o autor quanto o réu poderão formular tal requerimento. O réu, contudo, somente poderá formular tal requerimento quando formular pedido em sentido técnico, ou seja, quando pleitear algum objeto (da demanda) para si. Não poderá formular tal requerimento quando se limitar a oferecer peça de resistência sem pedido respectivo.

O requerimento sob a égide do CPC/1973 ocorria no bojo de uma demanda já ajuizada (caráter incidental) ou no bojo da inicial proposta (o que hoje se entende por antecedente), com capítulo próprio. Não havia cisão no procedimento quando a parte formulava requerimento de tutela antecipada. Com o CPC/2015, apesar da manutenção da essência do instituto, haverá uma radical alteração na forma de requerimento da tutela antecipada de forma antecedente, pois o legislador indicou a necessidade de uma espécie de cisão no requerimento inicial.

Nos casos em que a urgência for prévia ou concomitante ao ajuizamento da demanda, a parte poderá, em sua inicial, limitar-se a requerer a tutela antecipada e a somente indicar o pedido principal. Este seria o primeiro momento processual da demanda.

O segundo momento processual da demanda somente surgirá no caso de deferimento da tutela antecipada. Com o deferimento do requerimento, a parte deverá formular aditamento da inicial para complementar os seus argumentos e ratificar o pedido final. Este segundo momento será estudado no próximo tópico.

Esta cisão não é obrigatória, pois nada impede que o autor formule o requerimento de tutela antecipada e o pedido principal no bojo da mesma peça processual e momento procedimental.

⁶⁸ Enunciado no 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (arts. 294 e ss.) "Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva."

Concedida a tutela antecipada, na forma do artigo 303, CPC/2015, o requerente deverá, no prazo de 15 dias contados da sua intimação da decisão, formular aditamento da inicial. O prazo previsto poderá ser maior, conforme as peculiaridades do caso concreto, mediante decisão expressa do juiz. Jamais poderá ser fixado prazo menor, sob pena de violação de literal disposição da norma jurídica.

A possibilidade de aditamento, porém, somente poderá ser concedida nos casos em que o requerente formular, de forma expressa, pedido de gozo do benefício da cisão prevista no artigo 303, *caput*, CPC/2015, conforme preconiza o §5º.

O aditamento deverá ocorrer nos próprios autos, sem a necessidade de propositura de demanda principal. Esta necessidade somente corrobora a ideia da cisão em dois momentos processuais, conforme acima exposto. Não haverá necessidade de recolhimento de novas custas processuais.

O aditamento, conforme artigo 303, §1º, CPC/2015, deverá conter a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela jurisdicional final. Trata-se, a rigor, da necessidade de ratificação do pedido de provimento jurisdicional final.

Caso a parte não realize o aditamento dentro do prazo, o processo será extinto sem a resolução do mérito, conforme artigo 303, §2º, CPC/2015⁶⁹. Assim, sem ratificar o pedido principal, o autor da demanda manterá somente o objeto do requerimento da tutela antecipada. Caso queira prosseguir com a demanda para a obtenção do provimento jurisdicional final, deverá formular o aditamento.

Após a realização do aditamento, o juiz determinará a citação e a intimação do réu para o comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação (artigo 334 CPC/2015). Caso não ocorra a autocomposição, o prazo para o oferecimento da contestação será contado na forma do artigo 335, CPC/2015.

A criação deste instituto, na forma verificada, mantém a possibilidade da concessão *inaudita altera pars* da tutela antecipada, pois o réu será citado somente após o deferimento da medida.

Caso o réu seja a Fazenda Pública, entendemos ser plenamente possível a concessão de tutela antecipada *inaudita altera pars*, pois a regra do artigo 2º, da Lei nº 8437/1992, somente se aplica aos processos coletivos ali indicados, bem como somente aos casos de tutela cautelar. Tal entendimento encontra respaldo na redação do artigo 1º da Lei nº 9494/1997, pois o artigo, ao se referir à aplicação da Lei nº 8437/1992 ao instituto da tutela antecipada, não se refere ao artigo 2º. Trata-se, portanto, de silêncio eloquente neste diploma legislativo. O CPC/2015, no artigo 1059, sana este silêncio eloquente ao preconizar a aplicação dos artigos 1º ao 4º, da Lei nº 8437/1992, aos casos de tutela provisória requerida contra a fazenda pública.

⁶⁹ Em verdade, a extinção do processo sem resolução do mérito deverá ocorrer somente após formalizada nos autos a inércia do réu em impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada, ou seja, devem ser combinados os artigos 303, §2º e 304, §1º, CPC.

Outra regra jurídica substancialmente nova está prevista no artigo 304, CPC/2015, que preconiza a estabilidade da tutela antecipada antecedente. Apesar de ser uma tutela jurisdicional provisória, será possível a estabilização da tutela antecipada e de seus efeitos, desde que a parte contrária não recorra da decisão concessiva. Este é exatamente o ponto nodal para obtenção da solução da questão, que será abordada adiante.

A rigor, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente dependerá da conjugação de dois fatores: a não realização do aditamento e a não interposição do recurso de agravo de instrumento pelo réu.

Caso o autor promova o aditamento, com a formulação do pedido principal, o processo prosseguirá até o provimento jurisdicional final, mas sem a estabilização da tutela antecipada obtida, ainda que o réu não tenha recorrido. Nesta hipótese, com base no princípio da cooperação previsto no artigo 6º, CPC/2015, deverá o juiz intimar o autor da ação para indagá-lo acerca do interesse em manter o aditamento. Caso seja mantido o interesse, deverá o processo ser extinto; por outro lado, se o interesse não for mantido, poderá o autor desistir deste aditamento para, com isso, obter a estabilização da tutela antecipada com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito.⁷⁰

A estabilidade referida na norma em comento não poderá ser confundida com coisa julgada material, pois a decisão concessiva da medida não tem o condão de gerar tal consequência, conforme artigo 304, §6º, CPC/2015. Entretanto, a estabilidade dos efeitos da tutela antecipada somente será afastada por decisão em sentido inverso, proferida no bojo de ação própria revisional.

A coisa julgada material atinge o conteúdo da decisão judicial proferida, enquanto o instituto em comento somente atinge os efeitos.

A decisão revisional, proferida em ação própria, deverá reformar, rever ou invalidar a decisão anterior, sob pena de perpetuação dos efeitos da tutela antecipada antecedente.

A tutela antecipada, portanto, conservará os seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação própria.

Com a estabilização da tutela antecipada, o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, inciso VI, CPC/2015, por perda superveniente do interesse processual. A extinção não obsta, por óbvio, os efeitos executivos decorrentes.

⁷⁰ “Em síntese: (a) se o autor emendar a inicial e o réu agravar, não haverá estabilização, e o processo seguirá regularmente; (b) se o autor emendar a inicial e o réu não agravar, o juiz deverá inquirir o autor sobre sua intenção de ver o processo prosseguir em direção a uma sentença de mérito, apta a alcançar a coisa julgada (o que impede a estabilização da tutela antecipada), ou, se o autor prefere desistir da ação, caso em que haverá estabilização e o processo será extinto sem resolução de mérito; (c) se o autor não emendar a inicial, ainda assim o réu poderá agravar, com o único intuito de impedir a estabilização, a qual não acontecerá, restando extinto o processo e revogada a tutela antecipada, não sendo julgado o mérito do recurso, que estará prejudicado; (d) se o autor não emendar a petição inicial e o réu não agravar ocorrerá a estabilização e o processo será extinto sem resolução de mérito, devendo o juízo declarar estabilizada a tutela antecipada.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. Editora Atlas.

Resta saber se a parte requerida poderá recorrer da decisão que extingue o feito. O ato judicial que determina a extinção do processo é uma sentença que desafia o recurso de apelação (artigos 203, §1º, 485, inciso VI e 1009, CPC). Entendemos que a parte conservará o interesse recursal e que há possibilidade jurídica na interposição do recurso, desde que a causa de pedir recursal seja o questionamento acerca da efetiva estabilização da tutela antecipada, pois restou preclusa a via recursal para questionar a concessão da medida.

Em outros termos, a parte requerida poderá ventilar em seu recurso algum questionamento acerca da contagem de prazo, intimação da decisão concessiva etc. Não poderá, repita-se, questionar o mérito da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Por fim, apesar da omissão do legislador, entendemos ser possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente. Tal estabilização não dependerá da homologação judicial, mas deverá ser informada para fins de garantia da segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas.⁷¹

O legislador, considerando a estabilidade, previu a possibilidade de revisão judicial da tutela antecipada antecedente estabilizada. A estabilidade somente será afastada mediante a propositura de ação própria com a devida sentença de mérito revendo, reformando ou invalidando a decisão concessiva da tutela antecipada.

Sem a propositura de demanda própria, a tutela antecipada estabilizada manterá os seus efeitos. Considerando que a demanda será extinta após a estabilização, será necessário requerimento de desarquivamento dos autos para instruir a inicial (artigo 304, §4º, CPC/2015).

A demanda própria deverá ser dirigida ao mesmo juízo responsável pela concessão da tutela antecipada estabilizada, posto preventivo.

Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento necessário, bem como ostentará legitimidade para a propositura de ação própria para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Entendemos ser possível, nos casos em que há nítido interesse público, a propositura de ação própria pelo Ministério Público e, demonstrado o interesse jurídico, também será possível a propositura da ação por terceiro interessado.

O legislador fixou o prazo de 02 anos para a propositura da ação. Apesar da ausência de referência, entendemos ser prazo decadencial, na medida em que o artigo 304, §5º, CPC/2015, preconiza que o direito será extinto após o prazo fixado. Somente os prazos decadenciais são extintivos do direito material.

O termo *a quo* do prazo de 02 anos será a necessária intimação das partes da decisão que determinou a extinção do processo com a estabilização. Mesmo após o transcurso *in albis* do prazo, não haverá coisa julgada material, pois permanecerá o efeito decorrente da estabilização.

⁷¹ Enunciado no 32 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente."

O legislador não fixou nomenclatura específica para a demanda que visa retirar os efeitos da tutela antecipada estabilizada. Apesar do prazo semelhante, entendemos que não cabe ação rescisória (artigo 966, CPC/2015) nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência, pois a estabilização da tutela antecipada não gera coisa julgada material (artigo 502, CPC/2015)⁷².

O instrumento de revisão não tem por objetivo a rescisão da coisa julgada, inclusive porque não há sua formação. Ademais, a demanda deverá ser proposta perante o juízo de primeiro responsável pela decisão concessiva da tutela antecipada e, não, perante o tribunal de origem.

Entendemos, portanto, que será uma mera demanda revisional (à falta de nomenclatura melhor) de estabilização que acarretará uma revisão judicial no intuito de reformar, rever ou invalidar a tutela antecipada.

Devidamente analisado o tema da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização, resta saber, como supraindicado, qual será o momento processual, nas demandas de improbidade administrativa, adequado para a ocorrência da estabilização. Pensamos que, apesar do procedimento especial de recebimento da inicial da ação civil pública por ato de improbidade (art. 17, §§ 7º ao 10, LIA), deve ser aplicada a mesma regra prevista no art. 304, CPC, ou seja, somente haverá estabilização da tutela antecipada caso o réu deixe de impugnar a decisão concessiva da tutela provisória.

A estabilização, como dito, pode ser aplicada aos processos coletivos, mas não é demais lembrar que não repercutirá no afastamento do agente público previsto no art. 20, p.u., LIA, pois, além de se tratar de verdadeira tutela provisória de urgência cautelar⁷³, violaria frontalmente o princípio da homogeneidade das medidas cautelares e, ainda, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o prazo máximo de afastamento seja de 180 dias.⁷⁴

No tocante ao *procedimento aplicável quando for requerida tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente*, impende destacar que o CPC/2015 não trouxe novidades na essência do instituto (conceito e conteúdo). Trata-se, a rigor, da tutela cautelar preparatória, que já era prevista nos artigos 801, inciso III, 806 e 808, CPC/1973.

A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito (referibilidade), distinto do direito à própria cautela.

O instituto permanece com finalidade meramente assecuratória da efetividade da tutela jurisdicional. O diferencial para o panorama anterior cinge-se ao fato da desnecessidade da cisão das pretensões judiciais em dois processos autônomos.

⁷² Enunciado no 33 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: "Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência." Questão importante a ser enfrentada, mas, em outra oportunidade, é a necessidade de qualificar juridicamente a situação que ocorre após o final do prazo para a propositura da ação revisional. Apesar de parte da doutrina entender ser coisa julgada material, penso que a estabilização, que até o momento era relativa, torna-se absoluta e imutável.

⁷³ Tendo em vista que a finalidade do instituto é resguardar o adequado desenvolvimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

⁷⁴ Agrg na SLS 1397/MA, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Dje 28/09/2011. Agrg na SLS 1620/PE, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Dje 06/09/2012. Agrg na SLS 1854/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 13/03/2014, Dje 21/03/2014.

Sob a égide do CPC/1973, o requerente deveria promover uma ação cautelar preparatória, ensejando o início de um processo (autônomo) cautelar. Após a efetivação da medida cautelar deferida, deveria o requerente ajuizar a ação principal, ensejando o início do processo (autônomo) principal, que poderia ser de conhecimento ou de execução.

No panorama do CPC/2015, o requerente deverá ajuizar uma ação (através de petição inicial) indicando a lide (não mais principal) e seu fundamento. Não haverá a necessidade de oferecimento de duas demandas autônomas, pois o legislador permite, conforme artigo 308, *caput* e §1º, o oferecimento do pedido principal nos mesmos autos, após a efetivação da medida cautelar, desde que respeitado o prazo decadencial de 30 dias, ou o oferecimento do pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Inovação deveras salutar no âmbito das tutelas de urgência.

Assim, o requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente poderá ser exteriorizado de duas formas: a) propositura da ação com o requerimento da tutela cautelar em caráter antecedente e, após a efetivação da medida cautelar, formulação do pedido principal; b) propositura da ação com o requerimento do pedido de tutela cautelar em caráter antecedente e, em conjunto, o pedido principal.

Considerando ser uma tutela de urgência de segurança, deverá demonstrar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A exposição sumária do direito que se pretende assegurar é o *fumus boni iuris*. A diferença para o panorama anterior é a desnecessidade de demonstração do fundado receio de dano. O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo são os requisitos alternativos para demonstrar a existência do *periculum in mora*.

O artigo 308, CPC/2015, delinea o procedimento aplicável à tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Tal artigo deverá ser conjugado com o parágrafo único do artigo 307, CPC/2015, pois preconiza a aplicação do procedimento comum após o oferecimento da contestação do requerido. Esta contestação poderá ser oferecida antes ou, até mesmo, depois do fim do prazo decadencial fixado no artigo 308, CPC/2015. Dependerá sempre do deferimento da medida *inaudita altera pars* ou após a citação do requerido.

Após a efetivação da medida cautelar deferida pelo juiz, o requerente terá o prazo decadencial de 30 dias para requerer o pedido principal. Trata-se de regra já existente nos artigos 806 e 808, inciso I, CPC/1973. A principal diferença é a desnecessidade de formular o pedido principal por meio de uma nova ação autônoma.

Como o prazo fixado é decadencial, não será contado em dobro em favor dos sujeitos processuais que dispõem de prazo diferenciado, bem como não será contado em dias úteis, mas corridos.

A efetivação da medida cautelar verifica-se quando o requerido passa a sofrer a incidência prática em sua esfera jurídica da medida, ou seja, a partir dos prejuízos causados pela medida. Assim, forçoso concluir que a aplicação da norma está jungida às cautelares que acarretam prejuízos práticos. Caso a medida cautelar requerida não gere prejuízos práticos na esfera jurídica do requerido, inaplicável a norma, na medida em que a *ratio*

essendi desta é evitar o prolongamento da eficácia da medida cautelar por mais de 30 dias, gerando prejuízos ao requerido, sem que haja a formulação do pedido principal.

Em outros termos, a fixação pelo legislador de um prazo ao oferecimento do pedido principal volta-se precipuamente ao resguardo da posição jurídica daquele que suporta o cumprimento da cautela, evitando-se, assim, que o retardo da deflagração do processo principal se transforme numa opção arbitrária e caprichosa do autor.

É entendimento assente na doutrina⁷⁵, sob a égide do CPC/1973, que esta regra será aplicada nas hipóteses em que a medida cautelar deferida acarretar prejuízos para a esfera jurídica pessoal ou real do requerido. Trata-se de entendimento correto e consentâneo com a necessidade de se proteger o requerido de medidas que possam ocasionar severos problemas de ordem, mais do que o tempo devido e necessário. Entendemos, também, que este prazo deve começar a correr a partir do primeiro ato construtivo, ainda que exista mais de um destinatário do ato material. O Superior Tribunal de Justiça tem decisão no mesmo sentido.⁷⁶

Caso a parte requerente não apresente, nas hipóteses necessárias, o pedido principal dentro do prazo, cessará a eficácia da medida cautelar, conforme artigo 309, inciso I, CPC/2015.⁷⁷ Este artigo reproduz a mesma consequência prevista nos artigos 806 e 808, inciso I, CPC/1973. Neste ponto, resta saber se a Súmula 482⁷⁸ do Superior Tribunal de Justiça será mantida com o advento do CPC/2015.

Entendemos que a *ratio decidendi* do precedente perdeu parcela da sua eficácia. Assim, deverá ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça a técnica do *overriding* para afastar a parte final da súmula que preconiza a extinção do processo cautelar. Com a desnecessidade de propositura de ação autônoma principal, não há mais como sustentar a extinção do processo. O correto será somente a cessação da eficácia da medida cautelar deferida, na forma do artigo 309, inciso I, CPC/2015.

A apresentação do pedido principal não dependerá de pagamento de novas custas processuais. No momento do oferecimento do pedido principal, o requerente

⁷⁵ “Aliás, o fato de a providência cautelar acarretar ou não, prejuízos ao gozo de direitos sociais ou patrimoniais serve de parâmetro à própria definição da incidência, ou não, do prazo de trinta dias. Nessa linha inclinam-se a doutrina e a jurisprudência pelo afastamento da limitação temporal em casos de provimentos cautelares meramente conservativos (justificações, protestos, interpeleções e notificações) e nos de antecipação de prova (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* etc.)” (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. p.731. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 4ª Edição) (grifos nossos).

⁷⁶ “Processo Civil – Recurso Especial – Medida cautelar inominada – Medida liminar concedida para indisponibilidade de bens do recorrente e a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico – Ação principal – prazo para propositura – Termo *a quo* – Primeiro ato construtivo – Recurso Especial provido.” (STJ, 1ª Turma, REsp 945.439-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.4.2010, DJe 4.5.2010). no mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.370-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.3.2010, DJe 30.3.2010.

⁷⁷ “Considerando a hipótese das medidas que geram constrição pessoal ou patrimonial, a solução mais adequada é entender que esse prazo deve ser contado a partir da efetivação da primeira constrição, sob pena de se provocar situação inaceitável, consistente na permanência da medida construtiva às vezes por anos, sem que seja ajuizada a ação de conhecimento cabível.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

⁷⁸ “A falta do ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.”

poderá formular o aditamento da causa de pedir. Com a apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas, na pessoa do representante processual ou pessoalmente, para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (artigo 334 CPC/2015). Caso não seja atingida a autocomposição, o prazo para a contestação será contado na forma do artigo 335, CPC/2015. Não haverá, portanto, necessidade, com a apresentação do pedido principal, de realização de nova citação do requerido.

Questão interessante e principal é saber se a norma do artigo 17 da Lei nº 8429/1992⁷⁹ manterá a mesma essência em decorrência da alteração do procedimento cautelar, notadamente diante da redação do artigo 1046, §2º do CPC/2015. Ao não reproduzir a necessidade da propositura de duas ações autônomas previstas no CPC/1973, pode ser levantada a tese de que o procedimento da ação civil pública por ato de improbidade, neste ponto, deverá seguir o regramento previsto nos artigos 305 e 308, CPC/2015, com base nos princípios da celeridade, economia e efetividade processual.⁸⁰

O artigo 1046, §2º, CPC, é expresso no sentido da manutenção dos procedimentos especiais que não foram revogados pelo advento do novel diploma. De fato, o procedimento da Lei nº 9429/1992 não está na listagem dos procedimentos revogados prevista no artigo 1072, CPC⁸¹, o que poderia ensejar o entendimento da necessidade do ajuizamento de duas ações (uma antecedente e outra principal) para o fim de obter tutela provisória de urgência cautelar antecedente. Apesar de reconhecer que esta interpretação é bem atraente, entendo ser mais correto sustentar a revogação tácita desta necessidade de duas demandas, com base nos seguintes fundamentos: a) a imposição do ajuizamento de duas demandas autônomas viola, de forma manifesta, os princípios da economia e celeridade processual (artigos 5º, LXXVIII, CR/1988 e 4º, CPC); b) a regra prevista no artigo 17, *caput* da Lei nº 8429/1992, apesar de prevista em lei especial externando um procedimento especial, não é, na essência, uma norma jurídica especial (substancial), pois trata-se, em verdade, de mera reprodução da norma então existente no artigo 806, CPC/1973 (norma especial formal). Ora, o parâmetro do procedimento foi alterado retirando-se o fundamento da especialidade que, diga-se, jamais foi especial. Trata-se, portanto, de hipótese na qual uma norma geral derroga a aplicação de uma norma especial⁸²; c) ademais,

⁷⁹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

⁸⁰ Em sentido contrário, sustentando, com base nos arts. 1046, §2º e 1072, CPC, a inaplicabilidade do regime das tutelas provisórias criado pelo CPC/2015 na seara da improbidade administrativa: “(...) nada muda relativamente ao manejo das três medidas cautelares expressamente disciplinadas pela Lei nº 8.429/1992, a cujo respeito já há, inclusive, sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Essa nos parece ser a conclusão que melhor se afeiçoa ao princípio da segurança jurídica, inclusive no que toca à interpretação da Lei nº 8.429/1992. Parece-nos também ser o fruto da constatação da inadequação das regras do processo civil clássico ao campo do denominado ‘processo de interesse público’”. GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2015, p.1071.

⁸¹ Vide artigo 2º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

⁸² Parte da doutrina segue a premissa sustentada neste artigo: “O fato de uma matéria ser incluída numa lei que é especial em relação à outra não significa necessariamente que essa matéria seja

com base no microssistema da tutela coletiva, merece destaque a aplicabilidade do art. 12, LACP, na seara da improbidade administrativa, que permite a concessão de mandado liminar nos próprios autos da ação principal.⁸³

Há, contudo, entendimento na doutrina no sentido de que as normas inseridas nos arts. 17, LIA, e 308, CPC, são idênticas e que seria desnecessária a regulamentação do tema na lei especial.⁸⁴ Não merece prosperar tal entendimento, pois a regras, como já exposto, são completamente diferentes quanto ao procedimento. A semelhança entre as normas cinge-se, tão somente, quanto à necessidade de mais de uma pretensão, sendo que na norma geral despendianda nova ação e na especial, indispensável. As normas eram idênticas sob a égide do CPC/1973.

13. Inaplicabilidade do Artigo 115, Parágrafo Único, CPC/2015 como Forma de Integrar Terceiro Beneficiário Direto ou Indireto ao Processo Coletivo

Conforme se depreende da redação prevista nos artigos 3º e 6º da Lei nº 8429/1992, pretendeu o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. No mesmo sentido, vale mencionar o artigo 6º da Lei nº 4717/1965. A pluralidade de agentes e/ou terceiros que tenham de alguma forma concorrido ou se beneficiado do ato lesivo, ímprobo ou não, pode gerar a ocorrência de litisconsórcio no polo passivo.

Legitimados passivos da Ação Civil Pública de Improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba. Assim, estão sujeitos à

substancialmente especial. Pode ter sido aí incluída por o legislador ter aproveitado a oportunidade de aprovação da lei especial para integral nela princípios que se justificavam em toda a ordem jurídica. Nesse caso, à especialidade formal não corresponde uma especialidade substancial. Por isso, se a lei geral for alterada e trouxer solução contrária, esta afasta também a solução formalmente incluída na lei especial. Em rigor, não há sequer lei especial.” DE DAVID, Tiago Bitencourt. *Critérios clássicos já não resolvem bem as antinomias*. Conjur, 14 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-14/tiago-bitencourt-criterios-classicos-nao-resolvem-bem-antinomias>>. No mesmo sentido, vale mencionar: “a especialidade somente se sustenta se há razões que justifiquem o tratamento diverso daquele emanado do regime geral, pois é isso que autoriza a manutenção de um regime jurídico especial que não merece subsistir caso inexistam justificativas para o tratamento distinto daquele estabelecido pela normatização geral. É muito importante prestar atenção a tal observação do doutrinador porque ela será de grande valia adiante para compreender-se a resolução prática de problemas envolvendo o tema.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.518 e 519.

⁸³ “No campo da tutela dos interesses difusos, permite o art. 12 da Lei nº 7.347/1985 ao juiz que conceda ‘mandado liminar, com ou sem justificação prévia, nos próprios autos da ação principal, regra que merece aplausos por sua economicidade e informalidade, corolários do acesso à justiça.’ O CPC/2015 consagra tal possibilidade ao estabelecer, em seu art. 308, §1º, que ‘o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar’. Veja-se que nada impede o ajuizamento de ações cautelares antecedentes, a depender da conveniência de utilização de tal técnica processual. O que a lei buscou garantir foi a possibilidade de decretação das providências urgentes independentemente do ajuizamento de ação própria, permitindo a formulação do requerimento ‘em tópico destacado da inicial.’” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.1076.

⁸⁴ “O art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê regra idêntica àquela consagrada no art. 308, *caput*, do Novo CPC, sendo nesse sentido até mesmo desnecessária. E as mesmas considerações aplicáveis a todas as medidas cautelares antecedentes são aplicáveis a cautelar de indisponibilidade antecedente à ação de improbidade administrativa.” Neves, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador. 2016.

incidência reparatório-sancionatória da Lei nº 8429/1992 todos os agentes públicos que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função (art.2º), tenham violado o patrimônio público.

Também aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos (terceiros, na dicção do art. 5º), tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (art. 3º).

Assim, os legitimados passivos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba, conforme preconizam os artigos 2º, 3º e 5º da Lei nº 8429/1992.

Como se vê, buscou o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes e terceiros enseja a ocorrência de litisconsórcio no polo passivo, na forma do artigo 113 do Código de Processo Civil.⁸⁵

Importante mencionar que o beneficiário, principalmente quando for particular (pessoa física ou jurídica), deve ter a sua conduta diretamente relacionada à do agente público coautor do ato lesivo (mormente nos atos de improbidade administrativa). O terceiro beneficiário do ato somente receberá o influxo da Lei nº 8429/1992 com a estrita vinculação com agente público, pois não poderá responder sozinho pelo ato.⁸⁶

Diante deste introyto, imprescindível abordar a existência ou não do litisconsórcio necessário no polo entre o agente público e o beneficiário (particular pessoa física ou jurídica) do ato, nas ações civis pública de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, usando o conceito inelástico de ato de improbidade administrativa, fixou entendimento no sentido da impossibilidade do particular responder sozinho pelo ato de improbidade administrativa, ou seja, somente poderá figurar em conjunto com o agente público (regra da dupla imputação), apesar de afirmar não existir litisconsórcio necessário entre eles.⁸⁷

⁸⁵ “Essa coautoría delitual disciplinar com pessoas estranhas ao serviço público, *ad instar* do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, abriga a participação do particular em três distintos momentos: o anterior à prática da infração (o ato de induzimento), o concomitante à sua prática (coadjuvação concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade).” ARMANDO DA COSTA, José. *Contornos jurídicos da Improbidade Administrativa*, editora Brasília Jurídica Ltda. Brasília, 2000, p.21. No mesmo sentido, porém exigindo a demonstração da má-fé: “é inaceitável que o terceiro de boa-fé possa vir a ser envolvido na ação de improbidade sem que tenha agido com intenção de se beneficiar ilícitamente. Com muito mais razão, a responsabilidade do terceiro só se justifica na modalidade subjetiva.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros.

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª edição. Lumen Juris. 2007. p.934.

⁸⁷ “É inegável que o particular sujeita-se à Lei de Improbidade Administrativa, porém, para figurar no polo passivo, deverá: ‘a) induzir, ou seja, incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito; b) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato; e c) quando se beneficiar, direta ou indiretamente do ato ilícito praticado pelo agente público’”. REsp. 1171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se de

Assim, nas ações civis de improbidade administrativa, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei.

Não é o entendimento que será esposado neste tópico. O litisconsórcio necessário, por definição legal (artigo 114, CPC/2015), ocorrerá em duas situações: a) por disposição expressa de lei e b) em virtude da natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. O legislador exige sempre a formação do litisconsórcio para que a sentença possa ser eficaz em face de todos. Poder-se-ia aqui impingir de equivocado o conceito legal, mas a nossa toada é outra.⁸⁸

ação civil pública por ato de improbidade administrativa decorrente de fraude e dispensa de licitação e enriquecimento ilícito, para construção de um açude, no Município de Várzea Alegre/CE. 2. Não há alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou e decidiu, motivadamente, a controvérsia posta em debate, qual seja: 'ilegitimidade do réu, litisconsórcio da empresa OAP Ltda. e desproporcionalidade das sanções'. 3. A jurisprudência pacífica desta Corte sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei nº 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Precedentes. Súmula 83/STJ. 4. A posição sedimentada desta Corte firmou entendimento no sentido de que 'o litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é caracterizado pela indispensável presença de colegitimados na formação da relação processual, o que pode ocorrer por disposição legal ou pela natureza da relação. Assim, nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei'" (AgRg no REsp 1.461.489/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.). "5. Do exame das razões do acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao apreciar a controvérsia acerca da improbidade administrativa, em decorrência de fraude em dispensa de licitação e em aplicação irregular de verbas públicas, interpretou os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992, a partir de argumentos de natureza eminentemente fática. Incidência da Súmula 7/STJ. 6. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que aferir se as provas são suficientes ou se o recorrido desincumbiu-se de seu ônus probatório, para análise de eventual violação do art. 333 do CPC, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 7. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Agravo interno improvido." (AgInt no REsp 1538194/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 25/08/2016) "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 47 DO CPC/73. 1. A jurisprudência desse Sodalício orienta no sentido de que 'os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário'" (REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011). "Precedentes. 2. Na origem, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul com o objetivo de ser declarada a nulidade de atos administrativos que determinaram a transferência indevida de alunos para a UFMS, bem como o ressarcimento ao erário decorrente da prática de tais providências. 3. Assim, na presente hipótese, não há falar em litisconsórcio passivo necessário, formado entre os particulares beneficiados e os agentes públicos eventualmente responsáveis pela prática dos atos supostamente eivados de nulidade, tendo em vista que não se pretende a discussão de prática de ato de improbidade administrativa, mas tão somente de ressarcimento de eventuais danos causados. 4. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1624627/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

⁸⁸ O conceito legal, mais uma vez, parece confundir litisconsórcio necessário com o unitário. Ademais, se há a necessidade de todos participarem da relação processual para que a sentença seja absolutamente eficaz, o litisconsórcio já será necessário.

O litisconsórcio passivo entre o agente público e o beneficiário é necessário, com base nos seguintes fundamentos: a) o interesse subjacente ao exercício da pretensão judicial é indisponível sendo, portanto, impensável excluir algum autor do ato lesivo ou beneficiário deste fora da relação jurídica processual, pois haverá insegurança jurídica e violação à isonomia⁸⁹; b) a amplitude conceitual dos agentes públicos e dos beneficiários prevista nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8429/1992 e 6º da Lei nº 4717/1965 enseja ao reconhecimento da necessidade do litisconsórcio, ou seja, é um litisconsórcio por força de lei; c) aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, mormente nos casos de tutela do patrimônio público.⁹⁰

Considerando a possibilidade/necessidade da inclusão do terceiro no polo passivo da demanda, a questão a ser enfrentada neste tópico, portanto, passa a ser a forma pela qual deve ser integrado ao feito o beneficiário do ato lesivo que for identificado ao longo da relação jurídica processual. Consoante a redação do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015, o juiz determinará ao autor da demanda que requeira a citação deste litisconsorte ulterior, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Tal norma somente deve ser utilizada nos casos de litisconsórcio necessário.

Apesar de sustentar a existência do litisconsórcio passivo necessário na seara da improbidade administrativa, como visto acima, mister faz-se o afastamento da regra do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015, como forma de solucionar a integração do terceiro beneficiário ao polo passivo da demanda. Considerando toda a linha de argumentação suprautilizada para demonstrar a aplicação do microsistema da tutela coletiva, antes da aplicação residual do CPC, factível sustentar a utilização da solução preconizada no artigo 7º, III da Lei nº 4717/1965, que determina a realização direta da citação para a integração do contraditório. O legislador, na hipótese, não exige a necessidade de requerimento⁹¹ (como faz o artigo 115, parágrafo único, CPC/2015) para fins de realização da citação, portanto, o órgão jurisdicional poderá diretamente determinar a citação do beneficiário. Poder-se-ia argumentar que tal proceder enseja a violação ao princípio da congruência (artigo 492, CPC/2015), mas a atuação na hipótese decorre do impulso oficial (artigos 2º e 141, CPC/2015). O princípio do impulso oficial permite a atuação *ex officio* do órgão jurisdicional, desde que o ordenamento não exija, de forma expressa, requerimento das partes.

Considerando não ser hipótese de litisconsórcio necessário, forçoso concluir tratar-se de uma hipótese de intervenção *iussu iudicis* típica, pois permite ao juiz trazer ao feito, desde que lastreada em decisão com fundamentação adequada e específica (artigo 489, §1º, CPC/2015), um terceiro para integração do contraditório.⁹²

⁸⁹ Não podemos esquecer da possibilidade, ainda que de *lege ferenda*, de afastar a pretensão judicial dos causadores do ato lesivo em virtude da celebração de termo de ajustamento de conduta, colaboração premiada ou acordo de leniência. Eventual possibilidade do manejo de tais instrumentos na seara da improbidade administrativa deve ser objeto de ensaio específico.

⁹⁰ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 8ª edição. Editora Saraiva, 2015, p.887.

⁹¹ Em verdade, considerando que não foi reproduzido no artigo 319, CPC/2015 a necessidade de requerimento de citação do réu, como fazia o artigo 282, VII, CPC/1973, penso que sequer no caso do artigo 115, parágrafo único, CPC/2015 haverá tal necessidade.

⁹² "Parece possível, no Direito brasileiro, a partir da concretização dos princípios da adequação, da duração razoável do processo e da eficiência, a intervenção *iussu iudicis* atípica, sempre que o órgão jurisdicional, por decisão fundamentada, entender conveniente a participação de terceiro no processo."(...)

14. Prazo para o Oferecimento do Agravo Interno nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 6º, Parágrafo Único da Lei nº 13300/2015

O artigo 1070, CPC/2015, unificou os prazos para a interposição do recurso de agravo interno, conforme artigo 1021, CPC/2015 (outrora chamado de regimental). Com o advento do CPC/2015, portanto, o prazo para o manejo do referido recurso, ainda que previsto nos regimentos internos dos tribunais, será de 15 dias. Trata-se de recurso interposto com vistas a obter a reforma ou a anulação das decisões proferidas pelos relatores ou qualquer outra decisão unipessoal (do presidente do Tribunal, por exemplo).

Todas as normas que contiverem a possibilidade de recurso de tais decisões com a previsão expressa de prazo deverão se adequar ao artigo 1070, CPC.

Diante desta modificação, surgem duas repercussões claras e diretas nos processos coletivos: a) qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões unipessoais do Presidente do Tribunal em sede do incidente de Suspensão da Segurança (artigos 4º, §3º da Lei nº 8437/1992; 12, §1º da Lei nº 7347/1985; 15 da Lei nº 12016/2009 e 16 da Lei nº 9507/1997) quando requerido no bojo de um processo coletivo? b) qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no bojo dos processos coletivos?

a) Qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões unipessoais do Presidente do Tribunal em sede do incidente de Suspensão da Segurança (artigos 4º, §3º da Lei nº 8437/1992; 12, §1º da Lei nº 7347/1985; 15 da Lei nº 12016/2009 e 16 da Lei nº 9507/1997) quando requerido no bojo de um processo coletivo?

O prazo para a interposição do agravo interno nestas hipóteses previstas nas leis em testilha é de 05 dias. Com o advento do CPC/2015, o prazo passou a ser de 15 dias. Esta seria conclusão mais simples e objetiva, porém não subsiste em uma análise mais detida. Estas normas integram o microssistema da tutela coletiva e possuem uma mútua complementariedade. Pois bem. Após a entrada em vigor do CPC/2015, foi editada a Lei nº 13300/2016 que, em seu artigo 6º, parágrafo único, fixou o prazo de 05 dias para fins de interposição do agravo interno contra a decisão monocrática ou unipessoal que inadmita a inicial do Mandado de Injunção. O principal ponto de análise é saber de que forma isso influenciará os prazos previstos nestas leis.

Uma primeira solução é afirmar que este prazo de 05 dias deve ser corrigido, também, pelo artigo 1070, CPC, e, portanto, todos seriam de 15 dias. Apesar do deslize do legislador que sequer se atentou para a mudança geral no prazo, não há como sustentar tal solução, pois se trata de lei especial posterior a uma lei geral. Assim, não há supedâneo jurídico capaz de embasar o afastamento da norma.

“A providência justifica-se, também, como medida de efetivação do direito fundamental ao contraditório e, ainda, como proteção do princípio da igualdade, porquanto procure evitar que a parte se submeta a processo cujo resultado possa ser impugnado por um terceiro. Garante ao terceiro o exercício do direito de não demandar, não lhe sendo imposta a condição de demandante: o terceiro não estaria obrigado a demandar, pois apenas seria cientificado do processo.” DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. p.596.

Uma segunda solução é afirmar que em todos os processos coletivos, nos quais for requerido o incidente de suspensão da segurança, o prazo para a interposição deste recurso será de 05 dias. Esta deve ser a solução adequada, pois além de respeitar as regras do microsistema e da aplicabilidade residual do CPC/2015, observa, também, os critérios cronológicos e da especialidade aplicáveis nos conflitos aparentes de normas.

b) Qual será o prazo de interposição do recurso de agravo interno das decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no bojo dos processos coletivos?

Esta segunda questão parece ser a mais importante, pois a Lei nº 13300/2016 não se refere aos casos somente de suspensão da segurança, mas à decisão monocrática ou unipessoal proferida no bojo de um mandado de injunção. Conforme dito alhures, a referida norma é parte integrante do microsistema e de sua mútua complementariedade. Assim, diante do aparente conflito entre as normas citadas (artigo 1070, CPC/2015, e 6º, parágrafo único da Lei nº 13300/2016), deverá prevalecer a regra de aplicação das normas do microsistema, gerando o afastamento do prazo de 15 dias para o manejo do agravo interno em sede de processo coletivo. Em todos os processos coletivos, portanto, o prazo para o referido recurso será de 05 dias, enquanto nos processos individuais será de 15 dias. Há que se ressaltar, por oportuno, que as regras do microsistema não podem sofrer a incidência de uma interpretação seletiva, ou seja, ou as regras do microsistema são sempre aplicáveis quando não houver solução nas leis especiais, ou não poderão ser aplicáveis. O que não pode ser feita é uma aplicabilidade casuística com base na vontade exclusiva do intérprete.

15. Intervenção do Substituído nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 18, Parágrafo Único do CPC/2015 – Legitimação Conglobante nos Processos Coletivos

A legitimidade extraordinária à época do CPC/1973, em seu artigo 6º, exigia autorização legal expressa (legalidade estrita) para que fosse regularmente exercida.

O CPC/2015, ao tratar do mesmo tema no artigo 18, exige somente autorização do ordenamento jurídico⁹³, ou seja, ampliou a incidência da legitimização extraordinária. Com essa redação, portanto, não há mais a necessidade de autorização expressa na lei para admitir o exercício da legitimização extraordinária, porque o legislador previu, de forma ampla, a possibilidade de qualquer instrumento ser hábil a conferir a legitimidade (lei, princípio, negócio processual ou qualquer outro mecanismo, desde que esteja no ordenamento jurídico).

A ideia, portanto, decorrente desta nova regulamentação é a positivação de uma legitimidade conglobante⁹⁴. Esta legitimidade decorre diretamente do próprio

⁹³ Aliás, a doutrina já sustentava tal possibilidade mesmo antes do advento do CPC/2015. ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, vol.1, p.246. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Temas de Direito Processual Civil – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.33, nota 7.

⁹⁴ ZANETI JR., Hermes. "A legitimização conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico." Com essa denominação entendemos a legitimização extraordinária permitida

sistema (ordenamento), sendo desnecessária expressa previsão legal, desde que exista autorização no sistema⁹⁵. Não há, portanto, necessidade imperiosa de uma lei criando a hipótese de substituição processual. Nada obstante, há vezes dissonantes na doutrina, mesmo após o advento do CPC/2015, que permanecem sustentando a necessidade de observância da legalidade estrita⁹⁶.

Partindo da premissa sustentada, é factível sustentar a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual com o fim de fixar ou criar a legitimidade extraordinária, ou seja, haveria a possibilidade de uma legitimidade extraordinária negociada, convencionada, negocial ou convencional, na forma do artigo 190 do CPC.

O artigo 190 do CPC traz a chamada cláusula geral ou genérica dos negócios jurídicos processuais, gerando a possibilidade da celebração de negócios ou convenções processuais atípicas. Há debate doutrinário em torno do tema da admissibilidade deste

pelo ordenamento, mesmo que não expressa na lei, por não estar contrariada por norma jurídica ou em desacordo com os princípios do ordenamento coletivo. Dessa forma, com a adoção de tal denominação, prestamos nossa justa homenagem aos juristas do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pela importante contribuição científica na elaboração deste conceito: A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça, que se adequa ao subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do não furtarás. A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.' ZANETI JR., Hermes. *A legitimação conglobante nas ações coletivas*, p.230."

⁹⁵ "O CPC atual adotou antiga lição doutrinária, segundo a qual seria possível a atribuição de legitimidade extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema." (...) "O art. 18 do CPC exige, para atribuição da legitimidade extraordinária, autorização do 'ordenamento jurídico', e não mais da lei." DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro. Forense, 2016. No mesmo sentido: "Cumprе salientar, no entanto, que tal alteração não deve ser interpretada de forma a autorizar a substituição processual por mero ato voluntário das partes, sem nenhum embasamento legal, de forma que pouco se altera em relação à sistemática anterior, para a qual 'a vontade das partes, portanto, não é suficiente para criar substituição processual que não tenha sido expressamente prevista em lei. A diferença, aqui, está na possibilidade de se cogitar de substituição processual sem previsão expressa e inequívoca na legislação, podendo decorrer de interpretação sistemática do ordenamento jurídico.'" AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

⁹⁶ "A legitimidade extraordinária, por atribuir deveres a terceiros, continua a depender de expressa autorização do ordenamento jurídico, na expressa acolhida pelo Código. A noção de ordenamento jurídico, nesse particular, perpassa pelo art. 22, I, da CF/1988, que atribui à lei a disciplina da matéria processual, de modo que ou bem a fonte da substituição processual será a própria Constituição ou bem será a lei, admitindo-se, excepcionalmente, a sua atribuição por meio de atos cuja validade decorra diretamente da lei, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais." SCHENK, Leonardo Faria. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 2ª edição. 2016. p.116. "Antes de mais nada, é importante se acentuar que a Constituição Federal não autoriza que se possam criar hipóteses em que alguém pleiteie em juízo direito alheio em nome próprio a não ser por meio de lei expressa. Então, o legislador aqui 'disse mais do que queria': não basta a autorização do ordenamento jurídico, que é mais do que a lei: abrange lei, doutrina, jurisprudência. Aqui incide o princípio da estrita legalidade. Só a lei pode criar hipóteses de substituição processual." WAMBIEER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT 2016, p.83. Há, ainda, quem sustente a necessidade de previsão típica das hipóteses de legitimação extraordinária "Só se admite a substituição processual se existe expressa autorização no ordenamento jurídico para tanto. Daí a tipicidade das hipóteses de substituição processual em nosso ordenamento." MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT. 2016.

modelo de legitimidade⁹⁷, mas impende salientar que tal convenção, caso seja admitida, não importará em transferência da titularidade do direito material subjacente, mas da legitimidade para o exercício judicial da pretensão. Não há em nosso ordenamento jurídico qualquer vedação para a celebração de convenção processual para a criação da legitimidade extraordinária, ao reverso, factível sustentar tal possibilidade diante da combinação das normas dos artigos 18, 190 e 200 do CPC, pois o autorregramento da vontade no direito processual possui assaz importância com a geração imediata de efeitos, sem a necessidade, inclusive, de ratificação jurisdicional. No âmbito dos processos individuais, é mais seguro sustentar a possibilidade da legitimação atípica convencional, pois a regra geral da legitimidade permanece a ordinária ou comum, na qual o titular do direito material exerce judicialmente a sua pretensão. O problema surge nos casos de processos coletivos, pois a regra é a legitimidade extraordinária ou substituição processual, ou seja, o titular do direito material (coletividade ou seus membros) não ostenta legitimidade para o exercício judicial da pretensão.

Considerando, portanto, a possibilidade da legitimação extraordinária decorrer do ordenamento jurídico e da cláusula genérica das convenções processuais, surge a seguinte indagação: *pode ser celebrado no processo coletivo um negócio jurídico para conferir legitimação extraordinária?*

A legitimação extraordinária negocial não pode ser admitida nos processos coletivos, tal como se admite para os processos individuais, em virtude de peculiaridades inerentes que impossibilitariam o seu regular desenvolvimento.

Ao contrário, conforme já indicado, do que ocorre nos processos individuais, a regra nos processos coletivos é a legitimidade extraordinária. Assim, não há como ocorrer tal transferência, pois o titular do direito material não tem legitimidade para

⁹⁷ No sentido da inadmissibilidade, vale mencionar: “Assim, não parece haver espaço ou mesmo utilidade, à primeira vista, para o acolhimento de uma legitimidade extraordinária negocial por meio da qual o titular do direito material transferiria a legitimidade para postulá-lo em juízo a um terceiro, valendo-se, para tanto, de instrumentos contratuais.” SCHENK, Leonardo Faria. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT. 2ª edição. 2016. p.116. No sentido da admissibilidade, impende citar: “Por outro lado, inexistente qualquer norma cogente no sistema decorrente do CPC de 2015 que proíba o exercício do autorregramento para escolha relativa à legitimidade ad causam extraordinária, que, como visto, é uma situação jurídica. O art. 18 não preestabelece a situação jurídica da legitimidade extraordinária ‘de modo claro e irremovível’. Ao contrário, o texto do art. 18 expressamente faz a ressalva de a legitimidade extraordinária ser autorizada pelo ordenamento jurídico. Ou seja, o próprio art. 18 diz que a legitimidade pode ser atribuída (é removível, portanto), desde que exista autorização do sistema jurídico. Vale dizer: o sistema criou as categorias de legitimidade – que vai depender de o sujeito legitimado coincidir ou não com o sujeito da relação material –; disse que a regra é a legitimidade ordinária (o sujeito defender em nome próprio interesse próprio); e deixou que a legitimidade extraordinária fosse irradiada, desde que autorizada pelo ordenamento jurídico.” (...) “Logo, a partir do texto do art. 18, em consonância com o contexto do CPC de 2015 e com a finalidade e valores que lhe são subjacentes, a conclusão a que se chega é que o sistema jurídico processual decorrente do novo Código deixou aos sujeitos espaço para o autorregramento da vontade no que concerne à legitimidade ad causam. É possível, assim, haver negócio jurídico processual que tenha como objeto a atribuição de legitimidade extraordinária a um determinado sujeito que, em princípio, não a teria.” BONFIM, Daniela. A legitimação extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p.335-352. No mesmo sentido: “Não há, assim, qualquer obstáculo, a priori, para a legitimidade extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial”. DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*: vol. 232; junho/2014, p.71.

exercer judicial a sua pretensão⁹⁸. Ora, se o próprio titular do direito material não pode exercer tal pretensão, porque não existe legitimidade ordinária na tutela coletiva, como poderia transferi-la? Como poderia transferir uma legitimidade que sequer ostenta?

Ademais, quem seria o responsável por tal transferência? A coletividade? Os titulares dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) não são, ao menos no plano abstrato, individualizáveis (indetermináveis ou indeterminados, respectivamente) e nos direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) há até a possibilidade de individualização (no plano abstrato e concreto), mas como obter consenso para tal transferência?

Caso entendamos que a transferência da legitimidade possa ocorrer por manifestação de vontade dos legitimados coletivos, estaríamos diante de uma criação de legitimação extraordinária violadora do próprio ordenamento e, portanto, que não respeita o artigo 18 do CPC. O ordenamento jurídico através de normas jurídicas expressas indicou quem são os legitimados coletivos para o exercício da pretensão judicial coletiva, ou seja, o legislador realizou a seleção (controle *ope legis*).

16. Possibilidade de Celebração de Negócio Jurídico Processual Atípico nos Processos Coletivos – Análise do Artigo 190, CPC/2015 e a Sua Interface com o Instituto da Colaboração Premiada na Seara da Improbidade Administrativa

a) Possibilidade da Celebração de Negócio Jurídico Processual Atípico nos Processos Coletivos

Inicialmente, para fins de contextualização do tema, deve ser destacada a evolução dos negócios jurídicos processuais do CPC/1973 até o CPC/2015. No CPC/1973, havia a previsão expressa da possibilidade de celebração de negócios (convenções) processuais típicos, ou seja, indicadas expressamente pelo legislador, tais como: a) art. 158, CPC: permitia a realização de convenções processuais através da mera manifestação de vontade das partes, sem a necessidade da homologação judicial para fins de geração de efeitos; b) arts. 111 e 112, p.u., CPC: possibilidade de celebração de convenção processual sobre critério de competência; c) art. 333, p.u., CPC: possibilidade de celebração de convenção processual sobre a distribuição do ônus da prova; d) art. 265, CPC: possibilidade de celebração de convenção processual para a suspensão do processo.

No CPC/2015, além da previsão, com algumas reproduções do CPC/1973, de convenções processuais típicas, trouxe-se uma cláusula genérica/geral (art. 190, CPC) que serve como base para as demais e permite a criação de convenções com características, teor e efeitos definidos no caso concreto. Além da reprodução das

⁹⁸ Impende salientar, por oportuno, que as comunidades indígenas ostentam legitimidade ordinária para o exercício judicial da pretensão coletiva na defesa de seus próprios interesses, conforme artigo 37 da Lei nº 6001/1973 combinado com o artigo 232 da CR/1988. Nesta hipótese, portanto, será possível sustentar a realização de convenção processual para fins de criação de legitimidade extraordinária.

convenções típicas, tais como foro de eleição (art. 63, CPC)⁹⁹, suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC), distribuição convencional do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC)¹⁰⁰ e outras, trouxe-se uma nova que é a possibilidade de realização de um calendário processual entre os sujeitos do processo (art. 191, CPC).

Imprescindível salientar, também, para fins de contextualização, que a celebração de convenções (negócios) processuais pelo Ministério Público (principal legitimado coletivo para as ações coletivas) foi recomendada através da Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público. As convenções processuais foram indicadas como forma de realização de autocomposição (arts. 15, 16 e 17 da Resolução). Esta regulamentação demonstra a releitura que o CNMP passou a fazer sobre a atuação do MP nos processos coletivos. Tais convenções referidas na resolução poderão ser celebradas tanto no momento extraprocessual (antes do início da relação jurídica processual) quanto no processual (após a judicialização). Vale mencionar, por fim, que o CNMP editou a Resolução nº 179, regulamentando alguns aspectos materiais e procedimentais referentes ao Termo de Ajustamento de Conduta, afirmando tratar-se de negócio jurídico (art. 1º) e que pode ser celebrado na seara da improbidade administrativa (art. 1º, §2º).

Há certa resistência de uma forma geral para a utilização das convenções processuais em processo civil, principalmente quando se trata de direito transindividual. Tal resistência, fulcrada mormente na argumentação de que o instrumento versa sobre instituto do direito privado e que os processos coletivos não comportam tal atuar, merece mais detida reflexão e mudança. Não há mais sentido manter a ideia de que não existe interface entre os ramos do direito privado e público.

Outro ponto de intensa resistência é a indisponibilidade dos direitos transindividuais que, por certo, vedaria a possibilidade de realização de negócio jurídico processual na seara do processo coletivo. Não podemos concordar com tal

⁹⁹ Concordamos, contudo, com a doutrina que sustenta a impossibilidade da celebração de foro de eleição em processo coletivo. Podemos mencionar: “Os limites à possibilidade da formulação, pelas partes, de negócios jurídicos processuais atípicos não foram fixados claramente pelo legislador – o que abre espaço, seguramente, para interpretação, debates e dissensões. (...) Como visto acima, a lei processual passou a prever, ao lado do negócio processual típico, a figura do negócio processual atípico. Isso permite que as partes estabeleçam convenções processuais em relação a deveres, poderes, ônus e faculdades antes do processo ou durante ele. Ocorre que a eleição de foro é prevista como negócio processual típico. E ela só foi autorizada nos casos de competência relativa (art. 63 do CPC/2015). Dessa forma, interpretar a regra do art. 190 do CPC/2015 como se ela autorizasse a eleição nos casos de competência absoluta seria equivalente a negar vigência ao art. 63 do mesmo Código.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

¹⁰⁰ “Ademais, não há obstáculo algum à aplicação da regra geral do Código de Processo Civil/2015 aos processos relacionados ao direito do consumidor ou, mais diretamente àquilo que interessa ao presente estudo, ao processo coletivo. Está claramente assentado na compreensão dos parâmetros normativos aplicáveis ao processo coletivo que, nada obstante a existência de regras próprias, que configuram verdadeiro sistema próprio de tutela, o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Mostra-se razoável concluir que nas ações coletivas se aplica, em princípio, a disciplina do art. 6º, VIII, do CDC, pelos motivos anteriormente expostos. Quando não for cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, poderá, em caráter subsidiário, ser aplicado o disposto no art. 373, §1º, do CPC/2015.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

premissa, pois há clara confusão entre a disponibilidade do direito material (negócio jurídico de direito material) e a celebração de uma convenção sobre os aspectos processuais (negócio jurídico processual).¹⁰¹ Neste último caso, a celebração da convenção processual, que fica adstrita aos ônus, deveres, direitos e faculdades processuais, não ensejará a renúncia ou outra forma de disposição do direito material. A indisponibilidade do direito material não gera, necessariamente, a indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais e procedimentos.

A mera indisponibilidade do direito material ou o fato do direito material não admitir autocomposição (*vide* art. 190, CPC) não poderá, portanto, servir de óbice para a realização do negócio jurídico processual.¹⁰² A cláusula genérica (art. 190, CPC) que permite a realização de negócios jurídicos processuais não exige que o direito seja disponível, mas que admita autocomposição e é inegável a possibilidade de realização de autocomposição na seara do processo coletivo, pois o próprio ordenamento permite a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, LACP), acordo de leniência (art. 16, LAC e art. 86, LDC) e compromisso de cessação (art. 85, LDC).

Por fim, a celebração de uma convenção processual poderá, em última análise, reforçar a proteção processual de um direito transindividual, mantendo, com isso, a higidez do cerne do direito e, portanto, respeitando o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, ou seja, o resultado mais adequado e efetivo da demanda coletiva (art. 83, CDC). Esta celebração será útil, por exemplo, para os casos de grande repercussão e complexidade para fins de fixação da competência adequada, convenção sobre a distribuição do ônus da prova, utilização de técnicas processuais diferenciadas etc.¹⁰³

¹⁰¹ No mesmo sentido, podemos destacar o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que preconiza o seguinte: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

¹⁰² “(...) não deve ser excluída a possibilidade de sua utilização no campo do processo coletivo. Note-se que a cláusula contida no art. 190 do CPC/2015 não exige como condição à sua realização que o direito seja disponível, mas, sim, que admita autocomposição. Os direitos coletivos admitem autocomposição. O compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985) é um caso de autocomposição, com submissão do obrigado, ajustando seu comportamento às exigências legais, convencioneando as partes relativamente aos prazos e à forma ou modo de cumprimento da obrigação. Assim, não deve ser descartada, sem mais, a viabilidade de negócios jurídico-processuais, até mesmo em compromisso de ajustamento de conduta (formado durante ou ao final do inquérito civil, por exemplo), em que venha a ser convenionada alguma modificação no procedimento judicial, nos deveres processuais das partes ou, mesmo, em relação aos ônus probatórios, na hipótese de ajuizamento de ação coletiva.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015. No mesmo sentido: “Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses. Nesse sentido, ainda que indisponíveis em algum grau, estes dados não impedem a negociação.” CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Ministério Público*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador.

¹⁰³ “Por este motivo, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova,

b) Possibilidade da Celebração do Acordo de Colaboração Premiada na Seara da Improbidade Administrativa

O regime da consensualidade é plenamente aplicável aos fatos penalmente típicos praticados contra a administração pública, através do instituto da colaboração premiada que, aliás, prescinde da existência de uma ação penal pública em curso para a sua celebração (art. 4º da Lei nº 12850/2013). Os atos de improbidade administrativa podem ser derivados de fatos penalmente típicos quando lesivos à Administração Pública e a recíproca é plenamente verdadeira. Ao perceber tal relação, factível sustentar uma interpretação sistemática entre os dois regimes sancionatórios que permita uma interpenetração das normas¹⁰⁴.

Nada obstante, é plenamente possível a celebração de acordo de leniência para atos de corrupção prejudiciais à Administração Pública, conforme preconizam os arts. 16 e 17 da Lei nº 12846/2013. As leis anticorrupção e de improbidade administrativa fazem parte de um mesmo microsistema, razão pela qual haverá o devido diálogo de fontes. *Como podemos permitir a realização de acordos de leniência para atos de corrupção e não para os atos de improbidade administrativa?* Afirmar a impossibilidade acarretaria uma perniciososa desarmonia no sistema. Merece destaque, também, que a realização de acordo de leniência não configurará pressuposto processual negativo para a ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 30, Lei nº 12846/2013). Assim, qual seria a vantagem em celebrar acordo de leniência se o celebrante poderá ser demandado por improbidade? Admitir a aplicação do regime de consensualidade permitirá a efetividade dos acordos de leniência.¹⁰⁵

Há, entretanto, setor doutrinário¹⁰⁶ que sustenta a inaplicabilidade do instituto da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa. Para esta tese

ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz. Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com alguma indisponibilidade, são possíveis.” CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Ministério Público*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador.

¹⁰⁴ “A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da medida provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção, ações de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei nº 12.846/2013). Mas é bom lembrar que a MP 703/2015 acabou caducando em maio de 2016. Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade. O §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa: “§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.” DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A&C – R. de Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, ano 17, nº 67, p.105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec. V 17 i 67.475.

¹⁰⁵ Em sentido diverso do que sustentamos no texto, podemos mencionar: “O art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 veda, expressamente, ‘a transação, acordo ou conciliação’ nas ações de improbidade (momento processual). Evidentemente, vedados também estarão tais negócios jurídicos no momento pré-processual, conclusão a que se deve chegar sob pena de esvaziamento da regra.” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 8ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.905.

¹⁰⁶ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017, p.915.

doutrinária, o ordenamento jurídico impede a celebração de tal instituto com base nos seguintes fundamentos: a) vedação expressa para a realização de acordo, conciliação e transação, conforme preconiza o art. 17, §1º, LIA, pois tal norma alcança o instituto da colaboração premiada; b) a independência relativa das instâncias civil, penal e administrativa (arts. 65, 66 e 386, I, IV e VI, CPP e 935, CC), que sugere que não haverá, ressalvados casos específicos, relação direta entre as esferas sancionatórias; c) as sanções da lei de improbidade administrativa independem das demais civis, penais e administrativas previstas nas demais leis especiais (art. 12, LIA). Esta mesma doutrina sustenta a possibilidade de reflexos dos acordos de colaboração premiada na seara da improbidade administrativa, mormente como elemento de formação da convicção do magistrado quando usado como prova emprestada (art. 372, CPC). Nada obstante, admite a possibilidade de celebração, na seara da improbidade administrativa, do acordo de leniência previsto no art. 16, LAC.¹⁰⁷

Com o advento da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que em seu art. 18 permite a celebração de acordo de não persecução penal entre o MP e o autor do fato, entendemos ser possível, também, e pelos mesmos motivos acima expostos, a celebração de acordo de não propositura da demanda de improbidade administrativa, mormente nos casos de pequena relevância, tais como acumulação irregular de cargos e lesão ao erário de pequena monta. Para admitirmos a possibilidade de tal avença, que em nada difere, na essência, do acordo de leniência e de colaboração premiada, imprescindível a observância de todos os requisitos elencados na referida norma.

17. Possibilidade da Realização da Autocomposição nos Processos Coletivos – Aplicação da Opção da Realização da Audiência de Conciliação e Mediação nos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 319, VII e 334, §4º, CPC/2015

Uma das mais significativas modificações advindas com o CPC/2015 foi a adoção do regime da consensualidade como um dos principais vetores do exercício da tutela jurisdicional. Neste diapasão, merece destaque a inserção de uma fase de conciliação e mediação no procedimento, bem como a necessidade da parte autora, no bojo da inicial, e da parte ré, antes do oferecimento de contestação, manifestarem-se expressamente acerca da realização ou não desta etapa. Somente com a manifestação expressa de ambos (art. 334, §4º, I, CPC) não será designada a realização da audiência de conciliação e mediação.

Esta etapa do procedimento também será realizada caso não seja admitida a autocomposição (art. 334, §4º, II, CPC). A impossibilidade de autocomposição não pode ser conceitualmente confundida com a indisponibilidade do direito material.

¹⁰⁷ “Mas a resposta parece ser positiva, em prol da celebração do acordo de leniência, se considerarmos que a nova Lei Anticorrupção passa a integrar o denominado microssistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, conclusão a que se chega a partir da redação de seu art. 21 (‘Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985’). Ou seja, embora reste rígida a restrição contida no art. 17, §1º, da LIA, a celebração do acordo de leniência será possível em razão da superveniência de norma especial autorizativa, que, como dito, compõe, atualmente, o microssistema de tutela coletiva do patrimônio público. Contudo, o acordo beneficiará apenas a pessoa jurídica, não o agente público, que responderá integralmente por sua conduta nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017.

A autocomposição nada mais é do que a possibilidade das partes buscarem, sem a interveniência de um terceiro (heterocomposição), a composição do litígio. Ora, a solução consensual do litígio não enseja, necessariamente, a disponibilidade do cerne do direito material subjacente, pois é plenamente possível realizar a autocomposição mantendo-se o direito material intacto.

Considerando que no processo coletivo, via de regra, os direitos são indisponíveis, surge a necessidade de indagar-se acerca da possibilidade de realização desta etapa do procedimento¹⁰⁸. Inicialmente, cumpre salientar a necessidade de manifestação expressa das partes sobre a realização da etapa, mormente o autor, pois tal manifestação decorre de regra expressa prevista no art. 319, VII, CPC, sendo, portanto, requisito da inicial. Mesmo que o autor não deseje a realização desta etapa, precisará, ao menos, manifestar-se.

Neste contexto, vale mencionar a possibilidade jurídica da celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5, §6º, LACP), que tem um viés claro de autocomposição no plano extraprocessual e extrajudicial.¹⁰⁹ Ora, se não se questiona a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, mesmo quando referente aos direitos transindividuais indisponíveis, por qual razão jurídica restaria vedada a possibilidade, no plano processual, da prática de tal ato?¹¹⁰

Não existe óbice apriorístico (não há vedação expressa nos procedimentos) para a realização desta etapa procedimental nos processos coletivos, à exceção do art. 17, §1º da Lei nº 8429/1992. No procedimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, existe vedação expressa para a realização de acordo, conciliação e transação.¹¹¹

Assim, pela literalidade da norma, será juridicamente impossível a aplicação do regime de consensualidade na seara da improbidade administrativa. Entretanto, com o advento do art. 36, §4º da Lei nº 13140/2015, houve a revogação implícita do art. 17, §1º da Lei nº 8429/1992, permitindo, por conseguinte, a realização de conciliação e mediação na seara da improbidade administrativa.

¹⁰⁸ Apesar de o tópico referir-se expressamente sobre a possibilidade da realização da etapa procedimental, as premissas e conclusões que serão apresentadas valerão para qualquer ato de autocomposição no curso do procedimento.

¹⁰⁹ Vale mencionar que o termo de ajustamento de conduta não é o único instrumento à disposição dos legitimados coletivos para a realização da autocomposição, pois existem: a) convenção coletiva de consumo (art. 107, CDC) b) convenção coletiva de trabalho (art. 611, CLT); c) compromisso de cessação (art. 85, LDC) e d) acordo ou programa de leniência (art. 16, LAC e art. 86, LDC). O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 118, que regulamenta e recomenda a adoção pelo Ministério Público das convenções processuais como um dos instrumentos da autocomposição.

¹¹⁰ “Ofenderia os princípios mais básicos de interpretação jurídica entender que os legitimados coletivos podem compor com os responsáveis fora do processo judicial, sem qualquer fiscalização, e não podem fazê-lo no curso da ação civil pública, em que a solução ficará sujeita à apreciação judicial, para homologação ou, no mínimo, análise da validade sob a perspectiva da perda do interesse processual na continuidade da ação, sujeitando-se, ainda, à fiscalização do Ministério Público se for o autor (art. 5º, §1º, LACP).” GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: *Processo Coletivo*. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol.8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.).

¹¹¹ Impende mencionar que, durante a vigência e a eficácia da Medida Provisória 703/15, era possível a realização de tais atos, pois havia sido revogado expressamente o artigo mencionado (art. 2º).

O objeto, contudo, deste regime de consensualidade não pode ser total. O regime de consenso deve ater-se somente aos aspectos ressarcitório (multa civil e ressarcimento ao erário) e desconstitutivo (anulação do ato ou do contrato administrativo) decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa¹¹². As demais consequências jurídicas previstas no art. 12 da Lei nº 8429/1992 e art. 37, §4º da CR/1988 (proibição de recebimento de verbas públicas, proibição de contratação com o poder público, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens), não podem ser objeto de acordo, conciliação e transação, pois estão abrangidas pela cláusula de reserva de jurisdição.¹¹³

Outro ponto que deve ser enfrentado é o cotejo entre a autocomposição e o regime jurídico *in utilibus* do processo coletivo. Fixada a premissa da possibilidade da autocomposição nos processos coletivos, deve ser fixada a conclusão de que o resultado da solução consensual não pode prejudicar a eventual tutela jurisdicional individual, ou seja, não pode ser empecilho para que os indivíduos (nos casos, principalmente de direito individuais homogêneos) possam promover as suas próprias demandas. Entendemos que é imprescindível constar tal advertência nos termos da autocomposição, com base nos princípios da transparência, boa-fé objetiva e cooperação (arts. 5º e 6º, CPC). Ademais, a autocomposição não poderá ensejar a disponibilidade do direito material, pois pertencente aos membros da coletividade e não ao legitimado coletivo. É plenamente possível, diga-se, a realização da autocomposição sem a disposição do direito material subjacente, até porque não se trata de uma transação tal como a que existe no direito civil (art. 840, CC).¹¹⁴

¹¹² “Finalmente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. único, CPC).” DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A&C – R. de Dir. Adm. Const.* | Belo Horizonte, ano 17, nº 67, p.105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. No mesmo sentido, vale citar: “Na ação de improbidade administrativa ocorre exatamente o mesmo com relação à reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo. O que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 não admitia era qualquer espécie de transação que tivesse como objeto as penas de natureza político administrativas previstas pelo art. 12 da Lei nº 8.429/1992, não se permitindo qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador.

¹¹³ Nada obstante, é factível sustentar a possibilidade do autor do ato de improbidade administrativa assumir, através do consenso, o compromisso de não concorrer a cargos eletivos pelo prazo previsto na lei de improbidade administrativa, pois não haveria cerceamento de um direito fundamental, mas de parcela do seu exercício.

¹¹⁴ “A negociação em tutela coletiva se volta, sempre, para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias a sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização (objeto do próximo tópico), e resultará, sempre, um negócio jurídico sui generis, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos, e não uma transação.” GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas*. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.) No mesmo sentido, podemos mencionar: “Na tutela coletiva a transação não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação. O direito ao meio ambiente saudável é irrenunciável, mas são, por exemplo, variadas as maneiras de se restaurar uma área degradada, sendo justamente sobre essas maneiras de tutelas do meio ambiente saudável que recairá a transação.” NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador.

O objeto da autocomposição na tutela coletiva não será o afastamento das normas jurídicas que instituem obrigações ou a renúncia ao direito material, mas a especificação das condições de modo, tempo e local para a implementação dos direitos transindividuais que visa a tutelar, ou seja, somente os aspectos periféricos ou secundários, jamais o cerne do direito material.¹¹⁵ Pode ainda ter por objeto a definição da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados ou até mesmo a dimensão da aplicação prática de determinado princípio jurídico ou regra jurídica positivada.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de realização de autocomposição durante o curso de um processo coletivo.¹¹⁶

18. Aplicação do Procedimento Comum (Artigo 318, CPC/2015) aos Processos Coletivos – Análise dos Artigos 105-A da Lei nº 9504/1997 e 21 da Lei nº 12846/2013

Um dos temas de grande repercussão nos processos coletivos é sempre a indicação/utilização do procedimento adequado. O CPC/2015, seguindo a linha do neoprocessualismo, adotou o princípio do procedimento único, qual seja, o comum (art. 318, CPC). Com a adoção do procedimento único, foi extinta a dicotomia que havia no CPC/1973 entre os procedimentos ordinário e sumário, ambos espécies do procedimento comum.¹¹⁷

¹¹⁵ “E esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito. A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com a da Lei nº 8.429/1992. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa. Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei nº 12.846/2013, mas suas sanções podem ser cumuladas. Além do mais, pelos arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/1992, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas”. CABRAL, Antonio do Passo. “As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta”. In: *Ministério Público. Coleção Repercussões do Novo CPC*. Coordenadores: Robson Renault Godinho e Susana Henriques da Costa. Coordenação Geral: Fredie Didier Júnior. Editora Juspodivm: Salvador. GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012, p.317 e ss. FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência da Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.263 e ss. No mesmo sentido, podemos citar: GRAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.); RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹⁶ “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (STJ - REsp: 299400 RJ 2001/0003094-7, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 01/06/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/08/2006 p.229).

¹¹⁷ Importante destacar a possibilidade de aplicação das normas do procedimento sumário previstas no CPC/1973 de forma ultrativa, conforme preconiza o art. 1046, §1º, CPC/2015.

Apesar da adoção deste procedimento único, não há que se falar em rigidez procedimental, mas sim de flexibilidade, que permite a adaptação da regra procedimental às especificidades do caso concreto (construção da ação mais adequada ao caso concreto), conforme arts. 139, VI e 329, §2º, CPC.

O CPC/2015 modificou e revogou alguns procedimentos especiais que estavam delineados no corpo do CPC/1973, bem como alguns que constavam em leis extravagantes, mas não teve o condão de atingir os procedimentos previstos para os processos coletivos.

Assim, podemos concluir pela manutenção dos procedimentos especiais previstos para a regulamentação dos processos coletivos, quando existentes, tais como a Lei de Ação Popular (nº 4717/1965), Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), Lei do Mandado de Injunção (nº 13.300/2016) e Lei de Improbidade Administrativa (nº 98429/1992). Nestas leis especiais citadas, só há peculiaridades procedimentais exclusivas no art. 7º, I da LMS, e art. 17 e §§ da LIA. Nas demais leis especiais dos processos coletivos, há, quando muito, prazos diferentes (art. 7º, §2º, IV da LAP).¹¹⁸

O grande problema a ser enfrentado reside na Lei de Ação Civil Pública (nº 7347/1985), por não fixar qualquer tipo de procedimento/rito. Apesar desta omissão legal, há normas jurídicas que fazem remissões expressas no sentido da aplicação do procedimento previsto na LACP. Podemos apontar como exemplos os arts. 105-A da Lei nº 9504/1997¹¹⁹ e 21 da LAC¹²⁰.

A primeira lei preconiza a inaplicabilidade dos procedimentos previstos na LACP. Trata-se de uma regra inócua, pois não há procedimento previsto na LACP. Poder-se-ia, diante da redação da norma, afirmar a inaplicabilidade do ajuizamento de Ação Civil Pública em matéria eleitoral. De fato, parece ter sido esta a intenção de legislador, mas há que se atentar para a adstrição da norma em comento. A vedação, caso entenda pela sua existência, somente poderá atingir a ação civil pública, restando a possibilidade jurídica para o manejo das demais demandas coletivas, inclusive a de improbidade administrativa. Vale dizer que a vedação prevista não impede a eventual instauração de inquérito civil para investigar fatos relativos aos direitos transindividuais, porque se trata de um procedimento administrativo que não é exclusivamente base para ajuizamento de ação civil pública; não haverá, também, óbice para a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, LACP), pois, além de não ter a natureza jurídica de procedimento, não se trata de instrumento exclusivo da LACP.¹²¹

¹¹⁸ Impende destacar, por fim, que a própria lei de ação popular preconiza a aplicabilidade do procedimento ordinário delineado nos CPCs de 1939 e 1973, desde que observadas as regras específicas do art. 7º. Ora, com a devida atualização, considerando que o procedimento ordinário deixou de existir, deve ser aplicado procedimento comum previsto a partir do art. 318, CPC/2015, de forma subsidiária, tal como determinado no art. 318, p.u., do mesmo diploma legal.

¹¹⁹ “Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Artigo acrescido pela Lei nº 12.034, de 29/9/2009).”

¹²⁰ “Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

¹²¹ Assim se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral: “A declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilita o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional, o inquérito

Ao que parece, o legislador intentou vedar a utilização do Inquérito Civil, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo, na seara eleitoral.¹²² Tal instrumento, ao contrário do que pensou o nobre legislador, não é de aplicação exclusiva às ações civis públicas, pois pode servir de substrato para qualquer instrumento (judicial ou extrajudicial) da tutela coletiva, inclusive das ações eleitorais (impugnação de mandato eletivo, captação ilícita de sufrágio e investigação judicial eleitoral) que são, a rigor, ações coletivas, mas não ações civis públicas.

Qualquer que tenha sido a intenção do legislador, trata-se de equivocada (para se dizer o mínimo!) opção, pois não há substrato jurídico para retirar da esfera da tutela jurisdicional, mediante atuação do Ministério Público, a defesa da higidez do processo eleitoral, da legitimidade das eleições, da normalidade, paridade de oportunidades, moralidade e probidade na seara eleitoral. Trata-se, por óbvio de direito difuso pertencente à coletividade.

Esta vedação prevista no art. 105-A, Lei nº 9504/1997, portanto, é inconstitucional com base nos seguintes argumentos: a) retira a efetividade da tutela jurisdicional coletiva na seara eleitoral (art. 5º, LIV, CR/1988); b) viola o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/1988); c) retira do Ministério Público uma de suas funções institucionais, que é a tutela jurídica da ordem jurídica e do regime democrático através da instauração de inquérito civil e propositura de Ação Civil Pública (arts. 127 e 129, III, CR/1988); d) aplicação do conceito único de garantias constitucionais para abranger as garantias institucionais, como se destacam as relativas ao Ministério Público¹²³; e)

não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais.” Ac. TSE, de 8. 9. 2015, no REsp nº 54588. Em sentido contrário, merece destaque precedente mais antigo da mesma corte: “Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. (...) Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé.” Rio de Janeiro, vol. 1 nº 1, Maio/Agosto 2015, p.261-269 (TSE – REsp nº 322-31/RN – Rel. Min. Henrique Neves da Silva – j. em 08/05/2014 – v.u. – DJE, de 30/05/2014).

¹²² No atual 105-A, sequer constava o projeto original, mas decorreu de emenda de autoria do Deputado Bonifácio Andrada (Emenda de Plenário nº 57, da Câmara dos Deputados). Na justificativa, o nobre Deputado assim ponderou: “O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (*sic*) ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (*sic*) que atinge (*sic*) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral.”

¹²³ “No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova. Em razão disso, poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado Social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista. Nesse caso faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado. Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

violação da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CR/1988), ao considerar o inquérito civil e ação civil pública como tais, apesar de não estarem dispostos no rol do art. 5º, CR/1988¹²⁴; f) violação aos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico (art. 14, §9º, CR/1988), através da utilização do princípio da proteção deficiente.¹²⁵ Por fim, não é juridicamente possível a criação de normas e/ou a interpretação restritiva às garantias institucionais do Ministério Público para servirem de barreira à eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral, em salvaguarda de interesse individual de candidato.

O Tribunal Superior Eleitoral, devidamente instado a se manifestar sobre o tema, reconheceu a inconstitucionalidade da norma do art. 105-A, Lei nº 9504/1997, permitindo o uso do inquérito civil e o manejo da ação civil pública em matéria eleitoral.¹²⁶

¹²⁴ “No entanto, segundo a doutrina, a expressão direitos e garantias individuais exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o pensamento da Escola Liberal e sua versão do positivismo jurídico. É preciso outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 2007, p.638). Além disso, só é possível atingir o verdadeiro sentido da Constituição, por meio de uma hermenêutica constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito, tornando-se inconstitucional qualquer interpretação restritiva da expressão direitos e garantias individuais, que não pode servir de argumento para a exclusão dos direitos sociais e dos coletivos da proteção da cláusula pétrea. Pelo exposto, a elevação do inquérito civil e da ação civil pública ao plano constitucional e sua afirmação como garantia institucional do Ministério Público na proteção dos interesses metaindividuais leva à conclusão de que tais institutos consistem em verdadeira cláusula pétrea, embora não previstos expressamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. GUIMARÃES, Marla Marcon Andrade. *A vedação dos procedimentos da acp em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – nº 41, p.135-153 – jul./dez. 2013.

¹²⁵ No mesmo sentido do texto, vale mencionar as seguintes lições: “Analisando a Constituição Federal, que dispôs expressamente acerca da Ação Civil pública, entendemos que a *voluntas legislatoris* não é suficiente para justificar a norma restritiva, nos moldes em que se deu. Ora, não é porque a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil são utilizados de forma abusiva, que se justifica a supressão do instituto no campo eleitoral. Imagine-se o caso em que um candidato, valendo-se do cargo de agente público lese o patrimônio público, cuja conduta se enquadra, ao mesmo tempo, como abuso de poder político e econômico – captação ilícita de sufrágio, mediante distribuição de benefícios financiados com recurso público. A norma infraconstitucional específica disciplinando o tema não faz qualquer restrição. Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social, dos quais a lisura do pleito é correlato. A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade, da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso do poder político e econômico. A redação do art. 105-A, Lei nº 9.504/1997, vai totalmente de encontro a tais desideratos. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional.” GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁶ “Ementa: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. ART. 73, §10, DA LEI nº 9.504/1997. PRELIMINARES REJEITADAS. ART. 105-A DA LEI nº 9.504/1997. APLICABILIDADE ÀS AÇÕES ELEITORAIS. MÉRITO. PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI PRÉVIA. MULTA. DESPROVIMENTO. (...) 2. A interpretação do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 pretendida pelo recorrente no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber: 2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, ressalte-se que i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional; iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do *Parquet* e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também se manifestou, em *obiter dictum*, sobre o tema, em sede de recurso extraordinário.¹²⁷ Impende salientar,

Dias Toffoli). 2.2. Ao art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: i) ser adotado o Procedimento Preparatório Eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei nº 7.347/1985 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes). 2.3. O art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 atribuiu expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/88, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei nº 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura). 3. Inexiste, no caso dos autos, violação aos arts. 275, I e II, do Código Eleitoral, 93, IX, da CF/88 e 165 e 458, II, do CPC, pois a) a Corte Regional manifestou-se expressa e fundamentadamente acerca das provas em tese derivadas do inquérito civil público; b) é indevida inovação de teses em sede de embargos de declaração; c) não se admitem os embargos por suposta omissão quanto ao exame de matéria contida somente no parecer do Ministério Público. 4. A doação de manilhas a famílias carentes, sem previsão do respectivo programa social em lei prévia, configura a conduta vedada do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/1997, sendo irrelevante o fato de as doações supostamente atenderem ao comando do art. 23, II e IX, da CF/88. Manutenção da multa imposta ao recorrente. 5. Recurso especial eleitoral a que se nega provimento.” (REsp – Recurso Especial Eleitoral nº 54588 – Santa Cruz Do Escalvado/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, em 08/09/2015, DJE de 04/11/2015).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO ELEITORAL (PPE). ART. 105-A DA LEI nº 9.504/1997. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INSTAURAÇÃO POR PORTARIA. SEGURANÇA JURÍDICA. OBSERVÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS. DESPROVIMENTO. 1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei nº 7.347/1985 deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, no qual se atribui ao Ministério Público prerrogativa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais individuais indisponíveis, e o art. 129, III, que prevê inquérito civil e ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos. Precedentes. 2. A instauração de Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) é lícita e não ofende os mencionados dispositivos legais e constitucionais. 3. A jurisprudência inicialmente firmada quanto à impossibilidade de instauração de inquérito civil público no âmbito desta Justiça incidiu apenas nas Eleições 2010 e 2012. Por conseguinte, a mudança desse entendimento para o pleito de 2014 em diante (caso dos autos) não constitui afronta à segurança jurídica (art. 16 da CF/88). Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido, confirmando-se formação de autos suplementares para imediata remessa ao TRE/PI.” (AgR-REsp – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 129055 – Teresina/PI, Rel. Min Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em 23/08/2016, DJE 30/09/2016).

¹²⁷ “DESPACHO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ELEITORAL. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DO AMAZONAS. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL E ELEITORAL. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS COLHIDOS EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. TÉRMINO DA LEGISLATURA 2011-2014. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO PREJUDICADO. 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Superior Eleitoral: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2010. GOVERNADOR. VICE-GOVERNADOR. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROVA ILÍCITA. ART. 105-A DA LEI Nº 9.504/1997. DESPROVIMENTO. 1. Conforme decidido por esta Corte no julgamento do RO nº 4746-42/AM, o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público no âmbito eleitoral, consoante a limitação imposta pelo art. 105-A da Lei das Eleições. Ressalva do entendimento do relator. 2. *In casu*, a investigação foi instruída com documentos e mídia colhidos em inquérito civil público, não havendo outros elementos hábeis a comprovar os supostos abusos de poder político e econômico. 3. Agravo regimental desprovido” (fl. 761). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 783-789). 2. O Recorrente alega contrariados os arts. 14, §9º, 127, *caput*, e 129, inc. III, da Constituição da República. Sustenta que o Tribunal Superior Eleitoral reiteradamente vem reconhecendo a ilicitude da prova colhida pelo Ministério Público Eleitoral, a fim de subsidiar ações eleitorais, no bojo de

entretanto, que há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4352) ainda em processamento sobre o tema.¹²⁸

inquérito civil público, a teor do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, em afronta direta às funções institucionais atribuídas pela própria Constituição Federal ao *Parquet*" (fl. 801). Requer "seja desconstituído o acórdão proferido pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo-se a licitude das provas em que se funda a ação de investigação judicial eleitoral" (fl. 807). 3. Os autos vieram-me conclusos em 24.9.2014, pelo que requisitei parecer da Procuradoria-Geral da República, em 3.12.2014. 4. Em 3.8.2015, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela 'submissão do recurso extraordinário ao exame de repercussão geral', em parecer assim ementado: 'Recurso extraordinário. Inquérito Civil Público. Utilização em matéria eleitoral. Alcance do dispositivo no art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. Recurso que avança tese de provável abono. Parecer pela submissão do recurso extraordinário ao exame da repercussão geral, com protesto de vista posterior ao Procurador-Geral da República, caso o Plenário Virtual reconheça a existência do requisito de admissibilidade' (fl. 834). Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO. 5. O presente recurso extraordinário está prejudicado por perda superveniente de objeto. 6. A Justiça Eleitoral julgou improcedente a ação de investigação judicial eleitoral, por 'abuso de poder político entrelaçado a abuso de poder econômico' (fl. 763), ajuizada em desfavor de Omar José Abdel Aziz e José Melo de Oliveira, eleitos, respectivamente, governador e vice-governador do Amazonas, nas eleições de 2010. A decisão baseou-se, entre outros fundamentos, na nulidade das provas colhidas exclusivamente em inquérito civil público, o que seria vedado pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/1997 (incluído pela Lei nº 12.034/2009). Nos termos do acórdão recorrido, ao desprover o agravo regimental em recurso especial, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que 'a investigação foi instruída com documentos e mídia colhidos em inquérito civil público, não havendo outros elementos hábeis a comprovar os supostos abusos de poder político e econômico'. 7. Em 31.12.2014, houve o encerramento da legislatura 2011-2014, consequentemente, a extinção dos mandatos eletivos impugnados. Assim, não subsiste o interesse recursal, condição necessária ao regular prosseguimento do feito. 8. Apesar de ter sido requerida, na inicial da ação de investigação judicial eleitoral, a declaração de inelegibilidade dos então candidatos, 'prevista no art. 1º, I, 'h' c/c art. 15, ambos da Lei Complementar nº 64/1990' (fl. 53), 'perde supervenientemente o objeto o recurso que busca a cassação de diploma relativo a mandato exaurido.'" (RO 304.124, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 24.6.2015). Nesse sentido, tem se firmado a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, considerada a circunstância de não ter sido declarada, na origem, a inelegibilidade de qualquer das partes: "ELEIÇÕES 2010. AGRAVO COM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. FIM DO MANDATO. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, J, DA LC Nº 64/1990. NÃO CARACTERIZADA. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO" (Respe nº 468679, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 26.6.2015); "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AIJE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. ELEIÇÕES 2008. TÉRMINO DO MANDATO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO CONDENATÓRIA. DESPROVIMENTO. 1. Diante do termo final da legislatura, a pretensão recursal encontra-se fulminada pela perda superveniente do objeto do processo, sobretudo em razão da inexistência de decisão condenatória. 2. Agravo regimental desprovido" (AgR-REsp nº 35.683/AM, Relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 12.9.2013); "ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO. CANDIDATOS AOS CARGOS DE PREFEITO E VICE NÃO ELEITOS. TÉRMINO DA LEGISLATURA. REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. O recurso especial, interposto do decisum regional que, mantendo sentença, julgou improcedente representação por captação ilícita de sufrágio está prejudicado pela perda de seu objeto, diante do término da legislatura 2009-2012. 2. A pretensão de que seja declarada a inelegibilidade dos Agravados não merece prosperar, posto que a representação por captação ilícita de sufrágio com fulcro no artigo 41-A da Lei das Eleições apresenta, como sanções, a cassação do registro ou do diploma e a imposição de multa, não se podendo impor declaração de inelegibilidade à falta de previsão normativa. 3. Agravo regimental desprovido". (AgR-REsp nº 958697009/CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 21/8/2013). "9. Ressalte-se tramitar no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.352, Relator o Ministro Luiz Fux, na qual se questiona a constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997. 10. Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso extraordinário, por perda superveniente de objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 7 de agosto de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora". (RE 839102, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 07/08/2015, publicado em DJe-159 DIVULG 13/08/2015 PUBLIC 14/08/2015).

¹²⁸ "Despacho: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em que se questionam os dispositivos e expressões contidas na Lei nº 12.034, de 30 de setembro de 2009, que inova e introduz alterações na Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), na Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral), bem

Ainda que se entenda pela constitucionalidade da referida norma, a mesma não merece surtir os seus efeitos, pois viola frontalmente o microsistema da tutela coletiva da higidez da probidade administrativa (seara eleitoral). Tal objeto pode ser tutelado através de ação civil pública (art. 5º, VIII, LACP), pela ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 17, LIA) ou até mesmo por meio de ação popular (art. 1º, LXIII, CR/1988 c/c art. 1º, LAP, e art. 1º, LACP).

A segunda lei preconiza, por sua vez, a aplicabilidade do rito previsto na LACP aos procedimentos decorrentes do ajuizamento da ação civil de responsabilização judicial por atos de corrupção. Trata-se de mais uma norma inócua, na medida em que, repita-se, não há qualquer procedimento/rito previsto na LACP a ser aplicado.

Estas normas da Lei nº 9504/1997 e da Lei nº 12846/2013 são integrantes do microsistema da tutela coletiva e, portanto, podem ser utilizadas para suprir eventuais omissões nas leis específicas.

Considerando que a referência ao procedimento da LACP é totalmente inócua, forçoso concluir que devemos buscar no CPC/2015 a solução para o caso, pois as demais normas procedimentais ínsitas no microsistema da tutela coletiva são por demais especiais e não devem ser utilizadas em matéria eleitoral e na ação de responsabilização por ato de corrupção.

Assim, entendemos pela aplicação do procedimento comum previsto a partir do art. 318, CPC às ações que versarem sobre as matérias delineadas nestas leis¹²⁹, bem como pela possibilidade jurídica do manejo de Ação Civil Pública em matéria eleitoral, inclusive veiculando como causa de pedir a prática de ato de improbidade administrativa.¹³⁰

como a Lei nº 11.300, de 11 de maio de 2006, que também altera a Lei nº 9.504/1997. A hipótese reveste-se de indiscutível relevância. Entendo deva ser aplicado o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a fim de que a decisão venha a ser tomada em caráter definitivo e não nesta fase de análise cautelar. Colham-se informações das autoridades requeridas e, em seguida, ouçam-se, sucessivamente, no prazo legal, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente". (ADI 4352 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 01/02/2013, publicado em DJe-027 DIVULG 07/02/2013 PUBLIC 08/02/2013).

¹²⁹ Em sentido contrário, vale mencionar: "Por este art. 105-A, o legislador veda a aplicação do rito procedimental nela constante em matéria eleitoral. Isso significa que os feitos eleitorais, de natureza extrapenal ou criminal, a serem aforados em juízo eleitoral, serão processados, exclusivamente, por ritos constantes da própria lei eleitoral e nenhum outro." CANDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Ed. Edipro. 14ª ed. 2010. p. 688.

¹³⁰ No mesmo sentido, podemos citar os seguintes precedentes do STJ que permitiram o manejo de ACP: "PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA ELEITORAL – IMORALIDADE ADMINISTRATIVA – DIPLOMAÇÃO – ART. 14, PARÁGRAFO 10, C.F. – ARTIGO 118 E SEQUINTE, CPC. 1. AS ATIVIDADES RESERVADAS A JUSTIÇA ELEITORAL APRISIONARAM-SE AO PROCESSO ELEITORAL, PRINCIPALMENTE COM A INSCRIÇÃO DOS ELEITORES, SEGUINDO-SE O REGISTRO DOS CANDIDATOS, ELEIÇÃO, APURAÇÃO E DIPLOMAÇÃO, ATO QUE ESGOTA A COMPETENCIA ESPECIALIZADA (ART. 14, PARÁGRAFO 10, C.F.). 2. A JUSTIÇA COMUM, APERFEIÇOADO O ATO DE DIPLOMAÇÃO DOS ELEITOS, AUTORIZANDO O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, COMPETE APRECIAR AS EVENTUAIS AÇÕES LANÇADAS COM O FITO DE CONFRONTAR E DESCONSTITUIR OS EFEITOS DECORRENTES DO ENCERRAMENTO DO PROCESSO ELEITORAL. 3. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO D 3. VARA DA FAZENDA PÚBLICA, SUSCITANTE" (STJ - CC: 10903 RJ 1994/0031083-8, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 29/11/1994, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 12.12.1994 p.34303). "PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LIBERAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS FEDERAIS EM PERÍODO VEDADO PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. ART. 73, VI, DA LEI nº 9.504/1997. NÃO COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA. ATO ÍMPROBO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATORIA.

Considerando, por fim, que o CPC/2015 é parte integrante do microssistema da tutela e tem aplicabilidade direta nos processos coletivos, poder-se-á, com segurança, afirmar a possibilidade da utilização do procedimento comum (art. 318, CPC) aos processos coletivos.¹³¹

19. Causa Interruptiva da Prescrição nas Demandas de Improbidade Administrativa

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 240¹³², “antecipou”¹³³ a interrupção da prescrição para o ato judicial que determina o recebimento da inicial com a determinação da citação do réu (art. 238, CPC), chamado de “despacho”¹³⁴ liminar positivo.

A proposta deste tópico é analisar se esta causa interruptiva da prescrição será aplicável aos processos coletivos cuja pretensão é prescritível.¹³⁵ Considerando

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra Paulo de Tarso Lustosa da Costa, em razão de ele, ex-presidente da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, ter liberado irregularmente recursos federais em período vedado pela legislação eleitoral em benefício do Município de Milhã/CE, no intuito de influenciar a votação de seu próprio filho, Paulo Henrique Ellery Lustosa da Costa, à época candidato a Deputado Federal. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou, com base no contexto fático-probatório dos autos, que “não merece reparos a sentença que, acolhendo as alegações do MPF, condenou o réu nas sanções do art. 12 da LIA, tendo em vista a ocorrência de irregularidades verificadas na liberação, em período vedado pela legislação, de verbas federais decorrentes de convênios firmados pela FUNASA com o Município de Milhã-CE. Segundo restou verificado nas provas trazidas aos autos, às vésperas das eleições do ano de 2006, o Município de Milhã recebeu generoso repasse de recursos federais, não obstante a proibição trazida pelo art. 73, VI, a, da Lei nº 9.504/1997. (...) No caso, entretanto, não há como afastar a conduta ímproba do réu, principalmente quando demonstrado o dolo e a má-fé por ao realizar transferência extemporânea de verbas federais para o Município de Milhã sem a presença de circunstância excepcional que a justificasse, o que atenta contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições públicas. (...) Não resta dúvida, assim, nos exatos moldes contidos na sentença de primeiro grau, de que houve transferência extemporânea de verbas federais para o Município de Milhã e ausência de circunstâncias excepcionais que a justifiquem, de modo que a conduta do réu desrespeitou o disposto no art. 73, VI, a, da Lei nº 9.504/1997, enquadrando-se, portanto, no preceito do art. 11, inciso I, da LIA” (fls. 889-895, e-STJ). A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.437.256/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30.9.2014; e AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2014. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1484046 CE 2014/0247434-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2015).

¹³¹ “Por último, e não menos importante: não nos parece haver qualquer obstáculo procedimental à reunião entre ação civil pública, ação de improbidade administrativa e ação popular. Nada obstante na ação de improbidade haja a fase de defesa preliminar (art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992) e na ação popular haja prazo diferenciado para a resposta (art. 7º, I, ‘b’, da Lei nº 4.717/1965), todas elas seguem, *ulteriormente*, o procedimento comum do Código de Processo Civil/2015.” LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015.

¹³² A mesma regra existe no art. 202, I, CC; art. 8º, §2º, Lei de execução fiscal; art. 174, p.u., I, CTN.

¹³³ Porque no CPC/1973 o ato que interrompia a prescrição era a realização da citação válida, conforme art. 219.

Tanto no ordenamento anterior quanto no atual, o marco interruptivo da prescrição é a propositura da ação.

¹³⁴ Temos tratar-se de verdadeira decisão interlocutória (art. 203, §2º, CPC/2015), pois é o ato judicial por meio do qual o juízo reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade da demanda, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais (art. 485, IV, V e VI, CPC).

¹³⁵ Há pretensões de tutela jurisdicional coletiva que são reputadas imprescritíveis e, portanto, será inaplicável a causa interruptiva por absoluta inutilidade. São imprescritíveis: a) demandas coletivas de tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) demandas coletivas de ressarcimento ao erário cuja causa de pedir é a tutela da probidade administrativa, conforme art. 37, §5º, CR/1988, e c) demandas essencialmente coletivas.

a existência de um duplo juízo de admissibilidade da demanda de improbidade administrativa, poder-se-ia sustentar que o ato que ordena a citação (segunda etapa da fase de admissibilidade da demanda) seria a causa interruptiva, tal como preconizado pelo CPC/2015, ou até mesmo a notificação para o oferecimento da defesa preliminar.¹³⁶

Entendemos, assim como o faz a melhor doutrina,¹³⁷ que, diante da redação do art. 23, LIA, que regulamenta os prazos prescricionais da pretensão de improbidade administrativa, bem como o termo *a quo* dos prazos, a simples propositura da demanda é suficiente para interromper a prescrição da pretensão sancionatória. Aliás, este é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.¹³⁸

¹³⁶ Neste sentido, vale mencionar o seguinte entendimento: “A notificação tem por finalidade instaurar o contraditório e enseja, desde logo, aplicação dos efeitos artigo 240 do Código de Processo Civil de 2015 (induz litispendência, constitui em mora). A interrupção da prescrição opera-se pelo despacho que ordena a notificação, e retroage à data da propositura da demanda, nos termos do artigo 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.” QUARTIERI, Rita. Impactos do novo Código de Processo Civil na Lei de Improbidade Administrativa. In: *Legislação Processual Extravagante/coordenadores*, Eduardo Fonseca da Costa, Heitor Vitor Mendonça Sica – Salvador: Juspodivm, 2016. 344 p. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 9; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

¹³⁷ “Por ser a propositura da ação o marco inicial do novo lapso prescricional, possível será a implementação, no curso da própria relação processual, do que se convencionou chamar de prescrição intercorrente. Ocorrerá esta sempre que, entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença, verificar-se o escoamento do lapso prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/1992 e restar caracterizada a inércia do autor da ação.” GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2017. Em sentido diverso, vale mencionar: “Importante frisar, portanto, que, com relação à ação de improbidade administrativa, o prazo interruptivo retroage à data da propositura da ação, não importando que o despacho citatório ocorra após o juízo prévio de admissibilidade da demanda.” DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹³⁸ “DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Nas ações civis por ato de improbidade administrativa, interrompe-se a prescrição da pretensão condenatória com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de cinco anos contados a partir do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ainda que a citação do réu seja efetivada após esse prazo. Se a ação de improbidade foi ajuizada dentro do prazo prescricional, eventual demora na citação do réu não prejudica a pretensão condenatória da parte autora. Assim, à luz do princípio da especialidade e em observância ao que dispõe o art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, o tempo transcorrido até a citação do réu, nas ações de improbidade, que já é amplo em razão do próprio procedimento estabelecido para o trâmite da ação, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição, uma vez que o ajuizamento da ação de improbidade, à luz do princípio da *actio nata*, já tem o condão de interrompê-la.” (REsp 1.391.212-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014). No mesmo sentido: “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SECRETÁRIO DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA. ART. 23, I, DA LEI Nº 8.429/1992. PRAZO DE CINCO ANOS. TERMO INICIAL. SAÍDA DO GESTOR DO CARGO OCUPADO. INTERRUÇÃO. PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE NO PRAZO LEGAL. 1. Praticado o alegado ato ímprobo durante a gestão do réu à frente da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, o prazo prescricional quinquenal, como previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, tem início com a saída do gestor do cargo ocupado. 2. O lapso prescricional previsto no art. 23, I, da LIA é interrompido com o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, sendo certo que a posterior citação válida do réu implicará, nos termos do art. 219, §1º, do CPC/73, que a mencionada interrupção retroaja ‘à data da propositura da ação’. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.” (REsp 1404307/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VI, DA LEI Nº 8.429/1992. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SANÇÕES. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa com o objetivo de condenar o réu pelos atos previstos no art. 10, VI, da Lei nº 8.429/1992, uma vez que teria se apropriado indevidamente de valores, na condição de Gerente de Relacionamento de uma agência da Caixa. 2. O recorrente não fez o devido cotejo analítico e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. 3. Nas ações de Improbidade Administrativa o curso da prescrição é interrompido com o mero ajuizamento da ação.” Nesse sentido: “REsp 1391212/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014. 4. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido, como regra geral, de que modificar o quantitativo da sanção

Vale mencionar, por fim, que a simples propositura de uma demanda coletiva interrompe a prescrição para o exercício da pretensão judicial individual, em virtude dos efeitos do transporte *in utilibus* (art. 103, §3º, CDC), pois os indivíduos que titularizam o direito material subjacente à relação jurídica processual serão afetados pelo resultado (benéfico) do processo coletivo.¹³⁹ Há, contudo, aqueles que defendem,

aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. 5. Agravo Interno não provido.” (AgInt no AREsp 673.150/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017).

¹³⁹ “Isso porque em razão da ampliação *ope legis* do objeto litigioso do processo coletivo, com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual, serão afetados os titulares do direito individual independentemente de terem proposto demanda em nome próprio até o momento; os efeitos serão muito similares ao da sentença penal condenatória, bastando a liquidação e execução dos valores eventualmente aferidos.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. No mesmo sentido, vale mencionar: “Embora não haja regra expressa nesse sentido, é necessário concluir que a ação coletiva produz a eficácia interruptiva das pretensões individuais à reparação do dano. E essa conclusão é essencial para que o processo coletivo tenha, de fato, utilidade e efetividade.” (...) “Assim, em nossa opinião, embora a matéria seja evidentemente controvertida, é forçoso concluir que, uma vez realizada a citação na ação coletiva, a interrupção da prescrição das pretensões individuais relativas ao mesmo fato lesivo retroagirá à data da propositura daquela (ação coletiva). O prazo prescricional só voltará a correr após o trânsito em julgado da decisão na ação coletiva, ou seja, após o encerramento do processo em que se deu a interrupção.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Editora Malheiros: São Paulo. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/2015. Vale mencionar, por fim, que no bojo do RESP 1.233.314 a Corte Especial do STJ enfrentará o tema, com a possibilidade de pacificar o tema, mas, considerando a oportunidade, segue acórdão deste tribunal no sentido defendido no texto: “AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.018.108 - RS (2016/0303315-0) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO AGRAVANTE: ITAÚ UNIBANCO S/A ADVOGADO: OSVALDO GUERRA ZOLET E OUTRO (S) – RS035609 AGRAVADO: TEREZINHA DEMARI MENERE ADVOGADO: DERLI JESUS CUNHA RODRIGUES E OUTRO (S) – RS022347 DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional em face de acórdão, proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ, fl. 191): APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO COLETIVA PRETÉRITA. INTERRUÇÃO. 1. Diferentemente dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os direitos individuais homogêneos são direitos puramente individuais, os quais são reunidos por uma ficção legislativa criada com o objetivo de proteger determinado grupo de direitos oriundos de uma situação comum. 2. Da leitura dos arts. 103, §2º e 104 do Código de Defesa do Consumidor denota-se a clara intenção do legislador em incentivar que o indivíduo aguardar a solução da ação coletiva para então decidir se pretende ajuizar a sua demanda individual, seja o desencorajando a ingressar como litisconsorte, pois impõe o risco de sofrer os efeitos da sentença de improcedência; seja desestimulando-o a prosseguir ou ajuizar ação individual enquanto não julgada a ação coletiva, pois impõe o risco de não se beneficiar da sentença de procedência. 3. O prosseguimento ou o ajuizamento da ação individual enquanto não transitada em julgada a demanda coletiva caracteriza o exercício do *right to opt out* - direito à autoexclusão – o que implica em ‘abdicar expressamente da jurisdição coletiva’. Por outro lado, o titular do direito individual que não propõe ação própria, o faz justamente em razão de sua pretensão estar sendo exercida na ação coletiva pelo legitimado extraordinário. 4. O ajuizamento de uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, assim, interrompe o prazo prescricional das pretensões individuais, sob pena de incursão em verdadeiro paradoxo sistemático. 5. No mérito, contudo, superada a questão envolvendo a prescrição da pretensão da parte autora, impõe-se o sobrestamento do feito, conforme as notórias determinações do Supremo Tribunal Federal em matéria de expurgos inflacionários (Planos Collor I e II). AFASTADA A PRESCRIÇÃO, FOI SOBRESTADO O JULGAMENTO DO MÉRITO DA DEMANDA. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ nas fls. 225-234). Em suas razões recursais, o recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 168, 169, 170, 172, I, 177 do Código Civil/16; 197, 198, 199, 200, 202, I, 205 e 2.028 do Código Civil/2002; 219 do Código de Processo Civil/73; 240 do Código de Processo Civil/2015; 81, parágrafo único, III, e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta, em síntese, que a citação válida em ação coletiva não tem o condão de interromper o prazo prescricional das demandas individuais. Aduz, ainda, a impossibilidade da ação civil pública em questão interromper o prazo prescricional da ação individual, visto que a pretensão deduzida na referida ação encontrava-se prescrita. É o relatório. Decido. A irrisignação não prospera. De início, cumpre salientar que o presente recurso será examinado à luz do Enunciado 2 do Plenário do STJ: ‘Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça’. Quanto à alegada tese de impossibilidade da ação civil pública em questão

a meu ver, sem razão, a suspensão da prescrição das pretensões individuais com a propositura da demanda coletiva.¹⁴⁰

interromper o prazo prescricional da ação individual, visto que a pretensão deduzida na referida ação encontrava-se prescrita, verifica-se que o referido tema não fora apreciado pelo Tribunal a quo, ainda que a parte ora recorrente tenha oposto embargos de declaração a fim de sanar eventual irregularidade. Ressalte-se que *esta eg.* Corte de Justiça consagra orientação no sentido da necessidade de prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração. Caberia à recorrente, na hipótese, alegar violação ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, providência, todavia, da qual não se desincumbiu. Dessa forma, à falta do indispensável prequestionamento, incide, na espécie, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. AÇÃO DE RESOLUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO E RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PEDIDO DE ADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PLANTA COMUNITÁRIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À RESTITUIÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. ARTS. 538 E 884 DO CC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 DO STF E 211 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O Tribunal de origem entendeu que ‘não tendo a demandada retribuído o investimento realizado pelo consumidor, conforme determinava a portaria que regulamentava a relação entabulada entre as partes à época, nada impede que o contratante postule e veja reconhecido seu direito em ver o valor investido devidamente devolvido. Rever esta conclusão esbarraria no óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ’. 2. A matéria referente ao art. 884 do CC não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). O Superior Tribunal de Justiça não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 663.279/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015, g.n.) No tocante à prescrição, tem-se que a jurisprudência desta Corte se orienta no sentido de que a citação válida em ação coletiva configura causa interruptiva do prazo prescricional para ajuizar ação individual. Ilustrativamente, confirmam-se julgados mais recentes que demonstram a pacificação e a atualidade do tema na jurisprudência: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE INTERROMPE O PRAZO PARA AS AÇÕES INDIVIDUAIS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a citação válida em ação coletiva configura causa interruptiva do prazo de prescrição para o ajuizamento da ação individual. 2. Se a parte agravante não apresenta argumentos hábeis a infirmar os fundamentos da decisão regimentalmente agravada, deve ela ser mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg nos EDcl no REsp 1426620/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 18/11/2015, sem negrito no original). “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO JULGADO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE PERITO FEDERAL AGRÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. SINDICATO. ILEGITIMIDADE DA PARTE. RECOMÊÇO DO PRAZO PELA METADE. 1. Os Embargos de Declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, os pressupostos legais de cabimento. 2. *In casu*, assiste razão à embargante. A questão debatida no Recurso Especial diz respeito ao direito da embargante de pleitear as parcelas vencidas desde junho de 2004, em razão da interrupção do prazo prescricional operado pelo ajuizamento da ação coletiva pelo sindicato que representa a categoria. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a citação válida no processo coletivo interrompe o prazo prescricional para propositura da ação individual, que volta a correr pela metade depois do trânsito em julgado do processo que o suspendeu, ou seja, fica suspenso enquanto pendente o processo coletivo. Diante desse contexto, a citação válida ocorrida no processo movido pelo sindicato com o mesmo objeto da ação individual configurou causa interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual. 4. Considerando que o acórdão recorrido afastou de plano a interrupção do prazo prescricional, os autos devem retornar à origem para análise das datas defendidas pela ora embargante. 5. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial. (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1442439/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 03/02/2016, sem negrito no original). Tem-se, no ponto, que a decisão recorrida está em consonância com a pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, incidindo à pretensão recursal, pois, o óbice da Súmula 83/STJ. Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 23 de novembro de 2016. Ministro RAUL ARAÚJO Relator.” (STJ – AREsp: 1018108 RS 2016/0303315-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 01/02/2017).

¹⁴⁰ “Concordo, portanto, com parcela da doutrina ao elencar a existência de uma ação coletiva como causa suspensiva da prescrição das pretensões individuais que possam ser atendidas no caso de acolhimento do pedido coletivo. Parece-me a única forma de evitar um sem – número de processos individuais que

20. Regime das Despesas Processuais nos Processos Coletivos

O microssistema da tutela coletivo possui diversos dispositivos que preceituam a gratuidade das demandas coletivas, bem como a dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os legitimados coletivos, ressalvada a verificação da atuação de má-fé (art. 87, CDC; arts. 17 e 18, LACP, art. 219, ECA, e art. 88, Idoso).

Esta gratuidade é um nítido fomento para a propositura das demandas coletivas, mas não se estende aos réus.¹⁴¹

O CPC/2015, entretanto, trouxe uma novidade nesta seara ao determinar (arts. 91 e 95, CPC) o pagamento das despesas processuais dos atos praticados a requerimento do Ministério Público, Fazenda Pública e Defensoria Pública (todos legitimados coletivos). Preconiza a possibilidade do adiantamento quando houver previsão orçamentária e, na ausência, deverá ser realizado o pagamento ao final. Assim, além de deixar de existir a dispensa para a antecipação, foi fixado um diferimento para o pagamento dos encargos financeiros decorrentes da perícia.

Esta norma que determina o adiantamento deve ser aplicada aos processos coletivos?

Entendemos que não! A norma em comento deve ser aplicada somente aos processos civis individuais¹⁴² e, ainda assim, o ônus deverá recair sobre o Estado (na forma do art. 91, CPC/2015), e não sobre o requerente quando este for o Ministério Público e a Defensoria Pública.¹⁴³ Nos processos coletivos deve permanecer o regramento

poderão no futuro se mostrar inúteis apenas para impedir o vencimento do prazo prescricional. Essa multiplicidade de processos contraria os mais relevantes e elementares anseios da ciência processual moderna.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo: volume único. 3 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁴¹ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREPARO. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. BENEFÍCIO DESTINADO APENAS AO AUTOR DA AÇÃO. 1. Com relação a Ação Civil Pública por ato de improbidade, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública” (AgRg no AREsp nº 450.222/MG, Relator o Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18.06.2014). “2. Conforme a Súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça, “é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos” 3. Agravo regimental provido.” (AgRg no AREsp 434.851/MG, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

¹⁴² “As regras decorrentes do art. 91, §§ 1º e 2º do CPC/2015, portanto, seriam aplicáveis apenas às ações individuais nas quais o Ministério Público seja autor ou fiscal da lei. Exemplos de ações individuais propostas pelo MP, como substituto processual da parte beneficiária da sua atuação: ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º da Lei nº 8.560/1992); ação com pedido de regulamentação de guarda, de direito de visitas ou de alimentos (art. 33, §4º da Lei nº 8.069/1990); a ação revocatória da Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência (art. 132 da Lei nº 11.101/2005); entre outras.” LEONEL, Ricardo de Barros. Ministério Público e despesas processuais no novo Código de Processo Civil. In: *Processo Coletivo*. Coordenador: Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol.8; Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.).

¹⁴³ Até porque incide o regramento da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos praticados por seus agentes, conforme art. 37, §6º, CR/1988, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado: “Responsabilidade objetiva do Estado por atos do Ministério Público (...). A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado.” (AI nº 552.366-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009). No mesmo sentido, vale mencionar o seguinte entendimento doutrinário: “(...) cabe à coletividade, por meio do Estado, responder pelos danos decorrentes. (...) De qualquer modo, a responsabilidade pelo custo do processo é

previsto no próprio microsistema (art. 87, CDC; arts. 17 e 18, LACP, art. 219, ECA e art. 88, Idoso). Ademais, pelo critério da especialidade (art. 1046, §2º, CPC/2015 c/c art. 2º, §2º, LINDB), diante da ausência de revogação expressa (art. 1072, CPC/2015) e, ainda, diante da aplicação do CPC/2015 somente no que não conflitar com os regramentos da tutela coletiva (art. 19, LACP)¹⁴⁴, não há como sustentar a sua prevalência sobre o regramento da tutela sob pena de relegar a oblição todo o incentivo que o legislador conferiu aos legitimados coletivos para a propositura das demandas coletivas.

O Superior Tribunal de Justiça, devidamente instado a se manifestar, ainda sob a égide do CPC/1973, fixou as seguintes teses jurídicas, que seguem a mesma tese por nós defendida: a) por critério de simetria, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos da Ação Civil Pública, salvo comprovada má-fé;¹⁴⁵ b) o art. 18 da LACP, que dispensa o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública;¹⁴⁶ c) não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em Ações Civis Públicas, ficando o encargo para a Fazenda Pública, à qual se acha vinculado o *Parquet* (tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).¹⁴⁷

objetiva e independe de investigação da boa-fé ou má-fé das partes no processo, o que, no caso do *Parquet*, é robustecido pela previsão constitucional de responsabilidade objetiva do Estado por qualquer dano causado aos particulares (CF, art. 37, §6º).” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, podemos mencionar: “Não se aplicam ao microsistema as regras do CPC-2015 que afetem este regime. Aqui a aplicação é residual. Aplica-se apenas quando não alterar as normas e a lógica próprias do microsistema. Por exemplo, não se aplicam as regras sobre honorários relativos à sucumbência parcial nos pedidos de dano moral coletivo (art. 292, V c/c 85, §14, CPC); não se aplicam as regras de antecipação dos honorários do perito e despesas de atos processuais.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁴⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública.” Nesse sentido: “REsp 1.099.573/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19.5.2010; REsp nº 1.038.024/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.9.2009; EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.2009. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1386342/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014). No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. ‘Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública’” (EREsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09). 2. Recurso especial provido. (REsp 1099573/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010).

¹⁴⁶ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREPARO. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. BENEFÍCIO DESTINADO APENAS AO AUTOR DA AÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Com relação à Ação Civil Pública por ato de improbidade, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas dirige-se apenas ao autor da Ação Civil Pública. 2. Conforme a Súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça, ‘é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos’. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 450.222/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014).

¹⁴⁷ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO RECURSO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI Nº 7.347/1985. ENCARGO TRANSFERIDO

Diante do quadro jurisprudencial apresentado, surge uma questão que merece uma reflexão em apartado. Requerimento para a realização de prova pericial: a) se for requerida pelo réu, aplica-se o regramento previsto no CPC/2015, sob pena de indeferimento da produção da prova (ver tese fixada na letra b supra); b) se for requerida pelo autor, surge um pequeno problema, pois o autor não poderá adiantar os honorários (ver tese fixada na letra c supra). Neste último caso, a doutrina diverge acerca da solução jurídica mais adequada.

Para uma primeira tese, deve ser realizada uma inversão do ônus do adiantamento para o réu, com intimações para que deposite o valor referente aos honorários do perito, porque o autor da demanda coletiva não poderá arcar com tal ônus.¹⁴⁸

Para uma segunda tese, esta inversão preconizada pela primeira, viola frontalmente a nova regra fixada pelo art. 95, CPC. Assim, deve ser aplicado o CPC aos processos coletivos. Nestes casos, deve o Estado arcar com o ônus ou providenciar, através dos seus órgãos públicos, a realização gratuita da prova pericial.¹⁴⁹ O Estado poderia, ainda, arcar com tal ônus usando parcela do fundo de defesa dos interesses difusos, como, aliás, já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁰

À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. 2. O art. 18 da Lei nº 7.347/1985, ao contrário do que afirma o art. 19 do CPC, explica que na ação civil pública não haverá qualquer adiantamento de despesas, tratando como regra geral o que o CPC cuida como exceção. Constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil. 3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula nº 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o *Parquet* arque com tais despesas. Precedentes: REsp 981949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1188803/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010; AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010; REsp 928397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 25/09/2007 p.225; REsp 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007, p.288. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08." (REsp 1253844/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013).

¹⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21ª ed. Saraiva: São Paulo. 2008.

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁵⁰ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 81, 82, 84 E 246 DO CPC. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA DO MP. RETIRADA DO FUNDO ESPECIAL DE REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS LESADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Quando a arguição de ofensa a dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade do acórdão à norma federal, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. Sobre a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais, esta Corte possui entendimento no mesmo sentido do acórdão de origem, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente. De modo, é possível utilizar verba do Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados para que haja o pagamento dos honorários periciais. (RMS 30.812/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010.). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1423840/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016).

Não podemos concordar com esta solução por violar frontalmente a própria finalidade do Fundo, que é a recomposição dos eventuais danos causados à coletividade, mas deve o Estado arcar com os custos, como já exposto.

À guisa de conclusão, podemos afirmar o seguinte: a) as regras dos arts. 91 e 95 do CPC/2015 são aplicáveis exclusivamente aos processos civis individuais, mas os custos serão suportados pela Fazenda Pública, de forma diferida, se não houver previsão no exercício financeiro em curso; b) as regras dos arts. 87, CDC; 17 e 18, LACP; 219, ECA, e 88, Idoso, permanecem aplicáveis aos processos coletivos, com a utilização das teses jurídicas já consolidadas no Superior Tribunal de Justiça.

21. Consequência Processual da Continência Prevista no Art. 57, CPC, e a Sua Aplicação nos Processos Coletivos – Regras de Prevenção da Competência

O conceito de continência previsto no art. 56, CPC, é plenamente aplicável aos processos coletivos, exceto pela necessidade de identidade entre as partes formais da demanda. Para fins de identificação dos elementos subjetivos de ações coletivas semelhantes, conexas, continentes e idênticas, é despendida a verificação se as partes formais são as mesmas, pois basta verificar se a coletividade tutelada através da demanda coletiva é a mesma.

Para os processos coletivos, portanto, será indispensável verificar se as pretensões coletivas de uma demanda englobam a da outra, ou seja, se existe uma pretensão mais ampla (pedido continente) e outra mais restrita (pedido contido).

Verificada a existência de relação de continência entre as demandas coletivas, surge a necessidade de indicar a consequência jurídica aplicável. No CPC/1973, a consequência era a reunião das ações perante o juízo prevento, conforme preconizavam os arts. 104 e 105. Ainda sob a égide do CPC/1973, foi editada a súmula 489 no Superior Tribunal de Justiça que faz referência expressa à existência de continência entre duas ou mais ações civis públicas em curso, uma perante a justiça estadual e outra perante a federal. A consequência jurídica definida por esta súmula é a reunião das ações perante a justiça federal, ainda que não seja o juízo prevento. Afasta-se, portanto, com a aplicação da referida súmula, a necessidade de verificar qual é o juízo prevento (art. 59, CPC; art. 2º, p.u., LACP; art. 5º, §3º, LAP, e art. 17, §5º, LIA).

O CPC/2015, por seu turno, preconiza em seu art. 57 duas consequências jurídicas diversas conforme o momento processual da propositura da demanda contida. Se a ação contida (pedido mais restrito) for proposta antes da ação continente (pedido mais amplo), a consequência será a reunião das ações perante o juízo prevento. Caso contrário, com a propositura da ação contida após a ação continente, a consequência será a extinção do processo sem resolução de mérito por perda superveniente do interesse processual (art. 485, VI, CPC/2015).

Com Esta Modificação Advinda com o Art. 57, CPC, Surge a Seguinte Questão: a Súmula 489 do Superior Tribunal de Justiça Foi Superada?

De acordo com a regra prevista no art. 57, CPC, conforme dito supra, a continência acarreta a extinção do processo ou a reunião das ações perante o juízo prevento para processo e julgamento simultâneo. Para os fins da indagação, abordaremos somente a solução para a reunião das ações como forma de comparação com a súmula 489 do STJ.

A súmula 489 do Superior Tribunal de Justiça refere-se especificamente aos casos de continência entre duas ou mais ações civis públicas em curso perante “justiças” diversas. Caso existam ações civis públicas em curso perante a Justiça Estadual e a Federal com relação de continência, deverão, se for a hipótese, ser reunidas perante a Justiça Federal.

A redação da súmula em testilha gera duas situações que merecem análise detida: a) caso verificada a necessidade de reunião das ações, far-se-á perante o juízo federal; b) não há qualquer referência à possibilidade de extinção da ação coletiva, quando a ação contida for proposta posteriormente.

Com relação à reunião das ações perante o juízo federal, fica nítida a opção por relegar a oblição qual é o juízo prevento, presumindo algum tipo de hierarquia entre os juízos federal e estadual (inexistente, diga-se!) ou algum tipo de interesse ou matéria, sem considerar o rol taxativo previsto no art. 109, CR/1988. Assim, a despeito do juízo estadual ser o prevento, as demandas serão reunidas perante o juízo federal, relegando, portanto, a oblição as regras previstas nos arts. 58 e 59, CPC, e os demais do microssistema da tutela coletiva.

Impende, neste momento, salientar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹ já afastou a regra de prevenção nos casos de continência para determinar a reunião

¹⁵¹ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA EM PROCESSO COLETIVO. NULIDADE DE NOJULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. LEVANTAMENTO DE QUANTIAS. CAUÇÃO. DISPENSA. CRÉDITO ALIMENTAR. BENEFICIÁRIO EM ESTADO DE NECESSIDADE. QUANTIA DE ATÉ SESSENTA SALÁRIOS. APLICAÇÃO DO CPC, ART. 475-O, §2º, I. RISCO DE IRREVERSIBILIDADE REVERSA. 1. A nulidade somente será decretada se houver prejuízo à parte. Apesar da ocorrência de vícios processuais no julgamento do agravo de instrumento, na sequência, com a análise de três embargos declaratórios de cada um dos litigantes, o contraditório e ampla defesa foram efetivados. Inexistência de prejuízo e manutenção da decisão, diante da aplicação dos princípios da instrumentalidade e da conservação. 2. Reunião de demandas coletivas. Aplicação do instituto da continência, com a competência da vara onde tramitar a demanda mais abrangente. Súmula nº 83/STJ. Impossibilidade de alterar a conclusão de origem, por demandar nova análise das questões fáticas. Súmula nº 7/STJ. 3. Admite-se a execução provisória de tutela coletiva. Em relação à prestação de caução, diante da omissão da legislação específica do processo coletivo, aplica-se subsidiariamente as regras do CPC. Portanto, para o levantamento de quantias, em regra, há necessidade de prestação de caução. Todavia, se presentes concomitantemente os requisitos elencados no art. 475-O, §2º, I (crédito alimentar, quantia de até sessenta salários, exequente em estado de necessidade), é possível a dispensa de caucionamento. Regra aplicável considerando cada um dos beneficiários, sob pena de tornar menos efetiva a tutela coletiva. O risco de irreversibilidade será maior caso não haja o pagamento da quantia em favor do hipossuficiente. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” (STJ - REsp: 1318917 BA 2012/0074478-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 12/03/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2013).

das ações perante o juízo responsável pela demanda continente, ou seja, afasta a regra de prevenção para os casos de continência, designando o juízo continente como juízo prevalente.¹⁵²

Podemos concluir, portanto, que o STJ, no que tange aos processos coletivos, deixa de aplicar, como regra geral, o critério de prevenção para fins de designação do juízo que ficará responsável pelo processo e julgamento das demandas continentais.

Quanto ao segundo questionamento, que versa sobre a extinção do processo de ação contida, consequência não prevista na súmula em tela, surge a necessidade de analisar se deve ser superada parcialmente (*overriding*) neste aspecto para se adequar à nova regra legal. Nos processos coletivos, quando houver mais de uma demanda coletiva em curso, uma perante a justiça federal e outra perante a estadual, portanto, aplicar-se-á a norma do art. 57, CPC, para determinar a extinção da ação contida ou a súmula 489 do STJ?

Sustentar a superação parcial da súmula 489 do STJ acarretaria a necessidade de extinguir o processo coletivo cuja pretensão seja a contida (mais restrita), solução que não se coaduna com o princípio da primazia da solução do mérito do processo coletivo e de sua máxima efetividade, apesar da nítida perda superveniente do interesse processual.

Entendemos que a melhor solução é reconhecer a permanência da sua eficácia somente para os casos nela descritos e, nos demais, aplicar o entendimento já consolidado no STJ.

Em suma, a solução para os casos de continência será: a) nos processos individuais: reunião das ações ou extinção do processo, conforme art. 57, CPC/2015, por ser solução típica destes tipos de processo¹⁵³; b) nos processos coletivos, quando em curso perante a justiça estadual e federal: manutenção da eficácia da súmula 489, STJ, para determinar a reunião para processo e julgamento simultâneo perante o juízo federal; c) nos demais casos de processos coletivos: reunião das ações perante o juízo da demanda continente, conforme entendimento jurisprudencial já consolidado no STJ.

¹⁵² “Por fim, merece registro a orientação sedimentada no seio da jurisprudência do STJ no sentido de que, na hipótese de continência, não se observa a regra geral de prevenção (antes prevista no art. 106 do CPC/73 e agora estabelecida nos arts. 58 e 59 do NCPC, comentados a seguir) – nesta hipótese, os processos serão reunidos no juízo competente para apreciação do processo continente, ainda que tal relação processual seja posterior de acordo com os critérios ordinários de prevenção – havendo quem designe o juízo continente como juízo prevalente para fins de prevenção.” GALDINO, Flávio. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil* / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁵³ “Mais uma vez, entretanto, fica clara a disposição do legislador para tutelar exclusivamente o processo individual. No processo coletivo a prolação da sentença sem resolução de mérito não deve ser admitida, salvo se houver a identidade de autor, o que raramente ocorre. No mais das vezes os autores do processo coletivo são diferentes, mas por defenderem o mesmo titular do direito (coletividade, comunidade ou grupo de pessoas) são considerados no plano material como sendo o mesmo sujeito, o que permite o fenômeno da continência. Nesse caso, em razão da diversidade de autores, a reunião é o único efeito aceitável da continência, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição para o autor que tiver sua ação sentenciada sem resolução de mérito.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado* 2ª ed. Rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

Qual Regra de Prevenção da Competência Deve Ser Aplicada aos Processos Coletivos?

A regra da prevenção do juízo tem extrema importância, pois possibilita identificar qual o juízo teve contato com a causa em primeiro lugar e que, por via de consequência, terá a competência para o processo e julgamento das ações que serão reunidas sob a sua responsabilidade. No CPC/1973, existiam duas regras de prevenção: a) primeiro despacho liminar que ordenava a citação, que somente deveria ser aplicada quando os juízos ostentavam a mesma competência territorial (art. 106, CPC/1973); b) primeira citação válida, que somente deveria ser utilizada quando os juízos ostentavam competências territoriais distintas (art. 219, CPC/1973).

Tais regras de prevenção da competência do juízo eram inaplicáveis aos processos coletivos, em virtude da existência de regras específicas no microssistema, tais como os arts. 5º, §3º, LAP, 2º, p.u., LACP, e 17, §3º, LIA, que preconizam ser prevento o juízo no qual é proposta a ação, ou seja, a simples propositura da ação previne a jurisdição, gerando, com isso, um juízo universal que atrai todas as demais ações coletivas que sejam semelhantes (casos de conexão e continência) ou idênticas (casos de litispendência).

O CPC/2015 alterou as regras de prevenção ao prever no art. 59 que o registro ou a distribuição da inicial acarretará a prevenção do juízo. O CPC/2015, portanto, unificou as regras de prevenção, pois, a rigor, a simples propositura da demanda tornará prevento o juízo. A ação somente será considerada proposta quando a petição inicial for protocolada (art. 312, CPC). Prevento, portanto, será o juízo que tiver o primeiro contato com a causa (prevenção originária), mas não significa afirmar ser a prevenção uma forma de fixação da competência, pois nada mais é do que a prevalência do poder jurisdicional quando mais de um órgão judiciário é competente para conhecer e julgar uma causa, ou seja, é um fato jurídico, que atrairá as demais ações para processo e julgamento simultâneo (prevenção expansiva).¹⁵⁴

Fixadas as premissas conceituais da prevenção, bem como as suas regras, resta saber se o CPC/2015 está em consonância, neste item, com a regulamentação existente nos processos coletivos.

¹⁵⁴ “Na verdade, conexão e prevenção não são elementos para a determinação da competência: enquanto a primeira é fator de alteração da competência, a segunda constitui a prevalência do poder jurisdicional quando mais de um órgão judiciário é competente para conhecer e julgar uma causa.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre as demandas* 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. “A prevenção é um fato jurídico. Sua importância é distinguir, entre vários órgãos jurisdicionais igualmente competentes (segundo as regras de determinação) aquele que perante o qual deverão ser reunidas para processamento e julgamento conjunto duas ou mais demandas conexas. Chamamos a esse órgão de prevento.” *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.] 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2016. “Fala-se em prevenção originária em relação à primeira das causas conexas sob apreciação do Poder Judiciário (o critério para estabelecimento dessa primariedade é estabelecido no art. 59 do NCPC, comentado a seguir). Fala-se, por outro lado, em prevenção expansiva para se designar os demais processos que serão reunidos perante o órgão prevento.” GALDINO, Flávio. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação: Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Entendemos que não há distinção entre as regras de prevenção previstas no microsistema da tutela coletiva e a prevista no CPC/2015.¹⁵⁵ Ora, o critério legal para identificar quando uma ação é considerada proposta é o seu registro (nas comarcas de juízo único) ou distribuição (nas comarcas onde houver mais de um juízo competente), portanto, para fins de aplicação das normas do microsistema do processo coletivo, imprescindível tomar de empréstimo o conceito legal preconizado no CPC/2015. Assim, tanto para os processos individuais quanto para os coletivos, a regra de prevenção será a propositura da demanda e, para saber quando foi proposta, basta verificar a data do seu registro ou sua distribuição.

Há, contudo, na doutrina quem sustente tese diversa afirmando que a regra prevista no microsistema da tutela coletiva é diversa da do CPC/2015, pois entende não ser o registro ou a distribuição, o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação.¹⁵⁶

22. Efeito Suspensivo nos Recursos de Apelação Oriundos de Processos Coletivos

Com o advento do CPC/2015 algumas regras recursais foram sensivelmente alteradas e acarretam reflexos nos processos coletivos. Já foram abordadas as mudanças referentes ao rol taxativo do art. 1015, CPC, bem como a unificação dos prazos para a interposição do agravo regimental. Resta analisar a possibilidade de manutenção das regras de efeito suspensivo próprias dos processos coletivos, ante a singela mudança ocorrida no sistema recursal.

Nos processos coletivos, há duas regras legais a respeito do recebimento dos recursos com efeito suspensivo: a) art. 19, LAP, e b) art. 14, LACP.¹⁵⁷

¹⁵⁵ "A respeito da prevenção no processo coletivo, conferir o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 7347/1985 – cuja regra, agora, está sem sintonia com o previsto no CPC/2015 (o mesmo se diga em relação à prevenção na ação popular – artigo 5º, §3º da Lei nº 4.717/1965)." GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral* / Fernando da Fonseca Gajardoni – São Paulo: Forense, 2015. "Como se observa com certa clareza, o texto da Lei nº 7.347/1985 considera prevento o juízo que conheceu do primeiro processo (propositura da ação). A demanda considera-se proposta na data em que a petição inicial foi protocolada (art. 312, CPC). Sucede que não basta o protocolo para que haja a prevenção, pois há a necessidade de identificar-se quem é o juízo da causa, que será o prevento; essa identificação far-se-á pelo registro ou pela distribuição (art. 59, CPC); somente haverá distribuição se houver mais de um juízo igualmente competente para o processamento da causa." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁵⁶ "(...) considerando-se que na tutela coletiva a regra para a fixação do juízo prevento não se confunde como o art. 59 do Novo CPC. (...) Como se nota da redação dos dispositivos legais acima transcritos, não é o registro ou a distribuição o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação. Essa diversidade de tratamento entre o Código de Processo Civil e as leis extravagantes que tratam da ação civil pública, improbidade administrativa e ação popular já foi percebida pela melhor doutrina, sendo entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça. O exato momento em que a ação é proposta vem descrito no art. 312 do Novo CPC (...) O artigo tem redação técnica impecável, visto que é impossível distribuir uma demanda em um foro de vara única, mas, pelos problemas práticos que pode gerar, vem se considerando proposta a ação no dia em que a petição inicial ingressa no Poder Judiciário, por meio do protocolo inicial, sendo essa a data a ser considerada para fins de prevenção do juízo entre ações coletivas." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁵⁷ A mesma regra existe nos arts. 215, ECA e 85 do Estatuto do Idoso.

Na ação popular (art. 19, LAP), o recurso de apelação, quando interposto de sentença que julga procedente o pedido, será sempre recebida com efeito suspensivo (*ope legis*), ou seja, terá o denominado duplo efeito.¹⁵⁸ Nos casos de sentença de absolvição de instância ou de improcedência, a apelação ostentará somente efeito devolutivo.¹⁵⁹

Na ação civil pública (art. 14, LACP), por sua vez¹⁶⁰, o recurso de apelação quando interposto da sentença, independentemente do fundamento ou conteúdo, não terá efeito suspensivo automático, pois o dispositivo determina, de forma expressa, a possibilidade da concessão do efeito suspensivo pelo juiz. Ora, se o dispositivo precisa ter regra determinando a possibilidade da concessão judicial de efeito suspensivo (*ope iudicis*), implica afirmar não existir tal efeito de forma automática. Este dispositivo, portanto, sob a égide do CPC/1973, configurava uma exceção à regra geral do duplo efeito no recurso de apelação (art. 520, CPC/1973). Considerando o advento do CPC/2015, impende destacar as modificações nesta senda para que possamos expor os reflexos nos processos coletivos.

O CPC/2015 ainda manteve a regra do duplo efeito no recurso de apelação (art. 1012, CPC), portanto, o art. 14, LACP, permanece sendo uma exceção à regra geral no regime recursal no processo civil.¹⁶¹

Houve, contudo, uma singela mudança que vai gerar uma grande repercussão na norma em comento. O art. 14, LACP, preconiza que a competência para a concessão de efeito suspensivo aos recursos nos processos coletivos pertence ao juízo de primeiro grau, pois a sua referência era o CPC/1973, que confirma tal regra. Entretanto, o CPC/2015 retirou do juízo de primeiro grau o exercício do juízo de admissibilidade do recurso de apelação, transferindo-o integralmente ao órgão jurisdicional de

¹⁵⁸ Em sentido contrário, podemos destacar: “A apelação voluntária cabe tanto da sentença que julgar procedente ou improcedente a ação como da decisão que der pela sua carência. Terá sempre efeito suspensivo e seguirá a tramitação comum prevista no Código de Processo Civil, com a só peculiaridade de que, no caso de improcedência ou carência da ação, poderá ser interposta tanto pelo vencido como pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23ª ed. atual. Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁵⁹ “Tratar-se-ia, pois, de mais uma exceção dentro do sistema processual geral, no qual a apelação, em regra, tem efeito suspensivo; as que apresentam efeito só devolutivo são as indicadas no art. 520, incisos, do CPC e em algumas leis especiais (v.g., Lei nº 883/1949, art. 5º; Lei nº 8.069/1990, art. 198, VI).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular – proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5ª edição. São Paulo: RT, 2003. No mesmo sentido: “Para encerrar, uma nota: observe, porém, que na ação popular a apelação tem efeito suspensivo quando interposta contra sentença que julgar procedente a demanda (art. 19, *caput*, Lei nº 4.717/1965).” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017. Apesar da crítica à redação do dispositivo, destaca-se, no mesmo sentido: “Declara, também, aquele dispositivo que ‘da sentença que julgar procedente o pedido caberá apelação voluntária, com efeito suspensivo.’ Suspensivo de que? Da execução da sentença? Não precisava dizê-lo, pois esse efeito é doutrinariamente considerado da natureza da apelação. O contrário é que necessita ser expresso.” SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional – doutrina e processo*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁶⁰ Vale notar que o dispositivo configura uma regra genérica aplicável aos recursos e não somente ao de apelação.

¹⁶¹ “Mas o art. 14 ainda tem uma serventia: ele esclarece que, no processo coletivo, a apelação é recurso sem efeito suspensivo automático, fugindo à regra geral do art. 1012, *caput*, CPC.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

segundo grau (art. 1012, §§ 3º e 4º, CPC). Assim, somente o Tribunal poderá conceder efeito suspensivo ao recurso de apelação¹⁶². Tal regra acarretará, por conseguinte, a revogação parcial do art. 14, LACP.¹⁶³

Podemos concluir que os recursos, e não somente o de apelação, nos processos coletivos têm só efeito devolutivo¹⁶⁴ e que o suspensivo decorrerá de decisão judicial expressa, inclusive de ofício.¹⁶⁵

Quanto aos requisitos para o requerimento e concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação, entendemos serem inaplicáveis as regras previstas nos arts. 995 e 1012, §4º, CPC, pois o art. 14, LACP, somente exige que o objetivo seja “evitar dano irreparável”, ou seja, não haverá a necessidade da demonstração da probabilidade do provimento do recurso, bem como que o dano seja grave.¹⁶⁶

¹⁶² Em sentido contrário, impende mencionar: “Por outro lado, é aplicável ao regime das ações civis públicas o previsto no art. 1012, §3º, do CPC, que, todavia, deve ser compreendido com cautela. De fato, nos termos desse preceito, a competência para atribuir efeito suspensivo a recursos é sempre do tribunal. Todavia, parece que a regra não pode excluir a possibilidade de que o juiz de 1º grau examine esse pleito e também seja competente para deferir essa providência. (...). A conclusão, ademais, parece ser reforçada no âmbito do processo coletivo. Quando o art. 14 da LACP prevê que o juiz possa atribuir efeito suspensivo ao recurso, evidentemente está se referindo ao juiz de 1º grau, e não apenas ao tribunal. Assim, o pedido de efeito suspensivo pode ser formulado: a) ao juiz de 1º grau ou ao tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e a sua distribuição; ou b) ao relator do recurso, se já distribuída a apelação.” MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2017.

¹⁶³ “Por isso, cabe ao tribunal, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 1012 do CPC, examinar o pedido de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença em processo coletivo – e não mais ao juiz, como prescrevia o art. 14 da Lei nº 7.347/1985. Em relação a essa parte, o art. 14 da Lei nº 7.347/1985 foi revogado pelo CPC-2015.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

¹⁶⁴ “Quanto aos efeitos dos recursos, há previsão de que o juiz poderá conferir-lhes caráter suspensivo para evitar dano irreparável à parte. A contrario sensu, como regra, todos os recursos do sistema coletivo têm só o efeito devolutivo. Em outras palavras: a regra é a eficácia imediata das decisões, sendo que a concessão de efeito suspensivo aos recursos não se dá *ope legis*, mas, sim, *ope iudicis*.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. No mesmo sentido: “Nos termos do art. 14 da Lei nº 7.347/1985, o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte. A mesma regra é repetida no art. 215 do ECA e art. 85 do Estatuto do Idoso. A previsão leva a doutrina ao entendimento unísono de que nenhum dos recursos cabíveis contra decisões proferidas em ação civil pública tem efeito suspensivo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁶⁵ “Considerando os poderes ampliados do juiz na condução das demandas coletivas, a concessão do efeito suspensivo ao recurso pode decorrer tanto de pedido do recorrente como de deliberação de ofício do magistrado, que, não obstante a omissão das partes, identifique razões que justifiquem a suspensão dos efeitos da sentença até seu trânsito em julgado.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2017.

Pode o Procurador-Geral de Justiça Propor Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal?

Hélio Nascimento*

Sumário

1. Introito. 2. Legitimação Ativa para Instauração do Controle Concentrado na Constituição de 1988. 3. Legitimação Ordinária e Extraordinária do Ministério Público. 4. Semiose Constitucional: a Mudança de Sentido e de Contexto sob Êgide da Constituição de 1988. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo

Este breve artigo defende que o reconhecimento, exteriorizado pelas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de que os Ministérios Públicos dos Estados não se subordinam ao Ministério Público da União engendrou atualização no significado dogmático de Ministério Público Brasileiro, provocando repercussões semióticas no texto constitucional que validaria interpretação segundo a qual os Procuradores-Gerais de Justiça poderiam ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que pese a literalidade do dispositivo constitucional ao referir-se ao Procurador-Geral da República.

Abstract

This brief article argues that the recognition, externalized by the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, that the Public Prosecutions of the States do not subordinate themselves to the Public Prosecutor of the Union, has generated an update on the dogmatic meaning of the Brazilian Public Prosecution Service, provoking semiotic repercussions in the constitutional text that would validate an interpretation according to which the Attorneys General of Justice could file direct actions of unconstitutionality in the Federal Supreme Court, in spite of the literality of the constitutional provision when referring to the Attorney General.

Palavras-chave: Controle abstrato de constitucionalidade. Procurador-Geral de Justiça. Legitimidade ativa. Semiose constitucional.

Keywords: *Abstract control of constitutionality. Attorneys General of Justice. Legitimacy. Constitutional semiotics.*

* Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introito

Poderia o Procurador-Geral de Justiça propor ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal? Qualquer indivíduo que conheça minimamente o texto da Constituição Federal em vigor responderia negativamente a esta indagação e a fundamentação seria tão óbvia quanto a resposta: a Constituição não listou o Procurador-Geral de Justiça entre os autorizados a fazê-lo, omissão que conduz à conclusão de ilegitimidade ativa. Entrementes, este singelo opúsculo pretende, modestamente e sem encerrar o assunto ou estancar qualquer debate, propor resposta contrária, afirmativa à questão que o intitula, a fim de demonstrar a relevância jurídica e semiótica da atividade interpretativa da Constituição, com ênfase, aqui, na prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujas jurisprudências refletem o contexto atualizador das unidades culturais que significam as normas constitucionais.

Noutra ponta, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, como preservação *sui generis* da supremacia da Constituição, implantou os dois métodos tradicionais de controle jurisdicional de constitucionalidade: (i) difuso ou concreto, de matriz americana (*judicial review*); e (ii) concentrado ou abstrato, de origem austríaca. As diferenças básicas entre ambos os métodos são conhecidas por todos os juristas brasileiros, motivo pelo qual se roga o perdão do leitor por não se dissecar a estrutura das fiscalizações difusa e concentrada, pois o objeto do estudo foca nesta última modalidade, a abstrata. Portanto, eventuais menções ao controle de constitucionalidade difuso limitar-se-ão à didática da exposição, isto é, ao esclarecimento da tese, requerendo do leitor prévio conhecimento de conceitos e características clássicos, como a distinção entre métodos de controle.

Isso também não quer dizer que este ensaio almeje esmiuçar o controle abstrato de constitucionalidade. Ao revés, limita-se apenas e especialmente a contrastar a legitimidade ativa do Procurador-Geral da República para deflagração do processo objetivo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que reconhecem a inexistência de hierarquia entre o Ministério Público da União e dos Estados, posicionamento este que, invariavelmente, repercutirá no conceito de “Ministério Público” e, por conseguinte, sobre o exercício do controle de constitucionalidade concentrado, porquanto a Constituição autorize iniciativa do chefe do Ministério Público da União, malgrado silencie quanto à atuação daqueles que comandem o *Parquet* nos Estados-membros. Assim, até que ponto este entendimento dos tribunais superiores, que não confunde os Ministérios Públicos, permitiria ao Procurador-Geral de Justiça atuar na Suprema Corte? Poderia, igualmente, o comandante institucional postular revisão de súmula vinculante?

Com efeito, qualquer leitura açodada desse estudo refutará, de plano, a proposta aqui desenhada, por considerar aviltante que se postule interpretação ampliada de elenco *numerus clausus*, voltada à inclusão — ou ao reconhecimento —, no espectro semântico-normativo do art. 103, inc. VI, CFRB, do sentido de “Procuradores-Gerais de Justiça”, a despeito da clareza e evidência da literalidade do texto “Procurador-Geral da República”. Entretanto, o objetivo deste ensaio não é afrontar a literalidade do

texto constitucional, alicerce mínimo e inarredável da interpretação jurídica, mas demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao promover releitura sistêmica da Constituição e do disciplinamento por esta conferida ao Ministério Público, remodelou o próprio significado do interpretante Ministério Público, modificação esta que afetará, inexoravelmente, todos os consectários envolvidos nesse processo de reinterpretção, o que autorizaria impingir à regra do art. 103, inc. VI, construção de sentido que, antes, não se poderia vislumbrar, pois o estágio hermenêutico e dogmático consensualmente firmado antes da vigência da Constituição de 1988 tornaria forçoso (*rectius*: inválido) o sentido aqui atribuído, porque incabível no programa normativo e no feixe semântico da literalidade.

2. Legitimação Ativa para Instauração do Controle Concentrado na Constituição de 1988

Ao lado da sindicância normativa difusa, a Constituição de 1988 abrigou o método abstrato de controle de constitucionalidade, pelo qual confere competência aos tribunais para processar e julgar demandas voltadas à apreciação de lei em tese, promovendo, assim, verificação direta, imediata e vertical de compatibilidade normativa. Este controle, “instrumentalizado pela via de ação direta, proporciona a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sustentada como objeto principal da atividade cognitiva”¹, deflagrando-se, assim:

“processo objetivo”. Cuida-se de um “processo” que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição da lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida [...]. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade)².

A peculiar convivência de ambos os métodos não propicia qualquer irregularidade, pois se estruturam, na arguta observação do ex-Min. Moreira Alves, como regra e exceção. Dessa maneira, o controle de constitucionalidade abstrato é instrumento excepcional no dever-poder de fiscalização normativa promovida por órgãos judiciais, pois sua instauração “só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e

¹ MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. p.661.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. p.112-13.

independência dos Poderes do Estado”³. De fato, a prova de que o controle concentrado de constitucionalidade é excepcional ao dever dos órgãos judiciais competentes de controlar a compatibilidade de normas com a Constituição reside nas exigências explícitas do texto magno para deflagrá-lo, entre as quais a enumeração taxativa de legitimados a promovê-la, de modo disjuntivo e concorrente, no art. 103, CFRB, a saber: (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vi) o Procurador-Geral da República; (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) partido político com representação no Congresso Nacional; (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A taxatividade desse rol, que decorre da lógica desse sistema excepcional, conduz à conclusão de que ampliá-lo ou reduzi-lo não prescinde de reforma constitucional — *lato sensu* —, de maneira que a simples interpretação textual da regra não pode elidir o que se definiu *in numerus clausus*. Bem verdade que, nos limites textuais do comando normativo taxativo, há espaços, embora mais estreitos, de conformação do intérprete, de arte que a dinamização de aplicação da Constituição passa a construir novos sentidos, que elastecem, sem romper, as raias de incidência jurídica. Com apoio neste curioso aspecto de construtivismo hermenêutico — em que “*se hace camino al andar*” —, o Supremo Tribunal Federal erigiu, sobre este mesmo dispositivo em comento, interpretação restritiva ao exercício do direito de ação de que gozam aqueles agentes constitucionalmente autorizados, quando dicotomizou os legitimados em universais e especiais, deixando claro que, a despeito do silêncio no texto constitucional, devem estes últimos demonstrar (i) pertinência temática e (ii) repercussão geral da ação que desejam propor.

Naturalmente, o posicionamento da Suprema Corte brasileira ensejou certa disparidade entre os fundamentos explanados pela doutrina — segundo os quais a legitimidade ativa contém presunção de interesse na defesa da Constituição e da ordem jurídica — e as restrições doravante estabelecidas a alguns atores pela jurisprudência do Pretório Excelso, que exige demonstração cumulativa de interesse específico a ser debatido. O Supremo Tribunal Federal, forçoso convir, não se pautou pelo princípio hermenêutico, segundo o qual o exegeta não deve distinguir quando a lei não o fizer e criou interpretação restritiva ao exercício do direito de ação àqueles legitimados cuja atuação prodrômica não vise à defesa da Constituição nem da ordem jurídica globalmente considerada, encarregando-lhes de demonstrar, complementarmente, a pertinência entre a arguição de inconstitucionalidade e a defesa de suas prerrogativas.

Tais legitimados especiais, por sinal, são aqueles cujo âmbito de exercício do múnus adstringe-se, via de regra, aos limites espaciais da circunscrição em que exercem suas atribuições e não se espraiam, ou não deveriam se espriair, para todo o território

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 91.740-RS, p.411-2. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185336>>. Acesso em: 13 out. 2012.

nacional – *v.g.*, o Governador de Estado, que deve demonstrar pertinência temática, inclusive, quando o projeto de lei de outro ente da Federação afetar interesses de pessoa política que representa, hipótese esta, aliás, em que o exercício das atribuições do governante do outro Estado ultrapassou os limites territoriais, ou não teria afetado ente político diverso.

Sem desfigurar a norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal separa, pelo critério processual do interesse de agir, os *legitimados universais*, isto é, aqueles cujo interesse em propor ação direta é presumido – o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional – dos *legitimados especiais*, sempre incumbidos de ilustrar a pertinência do tema arguido e apresentar a reverberação contra todos da demanda objetiva que propuseram, para que a ação seja conhecida e julgada – Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Note-se, à guisa de curiosidade, que, com exceção da confederação sindical e da entidade de classe de âmbito nacional, os demais legitimados especiais pertencem aos Poderes Legislativo e Executivo dos Estados, reforçando a tese de que os agentes, cuja atuação produza efeitos de abrangência nacional, gozam de presunção de legitimação universal, ao passo que os demais, oriundos de entes da federação diversos, com atuação limitada a seu território, terão que apresentar relação de pertinência. Entre os legitimados universais, foram contemplados o chefe do Poder Executivo federal (Presidente da República), os órgãos do Poder Legislativo nacional (Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados) e estadual (Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal); e o chefe do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República). Apesar da expressa indicação do Procurador-Geral da República para propor ação, essa legitimidade seria extensível inteiramente ao Ministério Público brasileiro?

3. Legitimação Ordinária e Extraordinária do Ministério Público

Não é de hoje que o chefe do Ministério Público da União (MPU) desfruta de legitimidade para deflagrar controle de constitucionalidade. Aponta a história do Direito brasileiro que ele já foi o único autorizado a propor representação de inconstitucionalidade. Desde a Constituição de 1934, o Procurador-Geral da República (PGR) é ator principal no cenário da sindicância de constitucionalidade e cabia-lhe, enquanto chefe do Ministério Público Federal, comunicar ao Senado, bem como à Casa Legislativa da qual adveio o objeto de controle, a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema, para fins de suspensão de execução. Na Constituição de 1946, competia ao Procurador-Geral submeter ao Pretório Excelso o ato vergastado, com o escopo de se decretar intervenção federal. Já em 1967, a Constituição então vigente delegava-lhe a representação de inconstitucionalidade, proposta contra lei

ou ato normativo federal ou estadual. Em 1969, houve ligeira ampliação na redação do tema, realizada pela Emenda nº 7/1977, atribuindo ao PGR a possibilidade de propor a representação tanto por inconstitucionalidade quanto para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Desde a inauguração da nova ordem jurídica em 1988, e, posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a legitimidade para propositura da representação de inconstitucionalidade, agora denominada de ação direta, foi alargada. Esta expansão se justifica, na visão de Branco, Coelho e Mendes, pela certeza de democratização da ordem jurídica brasileira:

a extensa lista de legitimados presentes no texto constitucional fortalece a impressão de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente⁴.

Sem dúvida, o constituinte foi exitoso ao tornar a ação direta de inconstitucionalidade:

herdeira da representação para intervenção normativa, ampliando-se o seu legitimado ativo (antes o Procurador-Geral da República e agora ele e mais diversos outros órgãos públicos e entidades públicas e privadas), o seu objeto (antes para fins de intervenção por vulneração dos princípios constitucionais sensíveis e hoje para qualquer inconstitucionalidade, inclusive por omissão de legislar)⁵.

A simples ampliação do rol de legitimados ativos, efetuada pela inclusão de outros agentes capacitados a deflagrar o processo objetivo, não é denotativa, por si só, de democratização da jurisdição constitucional. A pedra de toque nesta guinada democrática escora-se no inegável alargamento da legitimação *extraordinária*, isto é, no prolongamento de chancela àqueles órgãos com aptidão para defender, em nome próprio, interesse alheio⁶. E, doravante, vários são os entes autorizados, sob o pálio de norma autorizativa dos sujeitos processuais, a provocar a jurisdição constitucional pelo controle abstrato de constitucionalidade. Logo, se tal democratização da jurisdição constitucional é robustecida pela amplitude também da legitimação *extraordinária* — e não apenas da quantidade de legitimados listados —, pode-se inferir que a

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. p.1152.

⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. p.14.

⁶ SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. p.33.

titularidade do Procurador-Geral da República para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade expande-se ao Ministério Público como um todo (unidade), abrindo espaço aos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos de cada ente da Federação.

Mas esta prerrogativa constitucional de postular, em nome próprio, direito alheio, também conferiria ao Ministério Público legitimação ordinária para demandar em causa própria, deduzindo, em seu nome, interesses que lhe digam respeito? Fredie Didier Jr. e Robson Renault respondem afirmativamente, pois vislumbram perfeita compatibilidade dessa legitimação ordinária do Ministério Público com a ordem jurídica brasileira. E advertem que nem sempre a atuação do *Parquet* exterioriza-se como legitimado extraordinário, como se supõe amiúde:

O fato de o Ministério Público não possuir personalidade jurídica (na acepção tradicional) em nada interfere nesse particular. É inegável que ele possui personalidade judiciária e, principalmente, que se trata de ente com esfera e patrimônio jurídico próprios, o que o torna sujeito de direitos. Quando vai a juízo na defesa de situações jurídicas por ele titularizadas, como é o caso, a sua legitimação é ordinária [...]. O Ministério Público possui autonomia que lhe confere direitos e obrigações, decorrendo daí a capacidade postulatória em caso de ameaça ou violação de sua esfera jurídica.⁷⁻⁸

Se ainda pairava dúvida quanto à autonomia do Ministério Público para atuar processualmente em causa própria, o Supremo Tribunal Federal (STF) eliminou-a quando reconheceu, como corolário dessa prerrogativa de reivindicar os próprios interesses, a possibilidade de o *Parquet* estadual atuar nesta Suprema Corte, sem necessidade de substituição pelo Ministério Público Federal (MPF) — *rectius*, pelo Procurador-Geral e pelos Subprocuradores da República por ele designados —, para officiar perante os tribunais superiores. Essa conclusão se extrai da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos da reclamação no 7.358/SP, em que se fixou a “legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação perante o STF”, permitindo-lhe atuar originariamente no desempenho de suas prerrogativas institucionais e nos processos em que seja parte, por não existir, de acordo com as ponderações do Min. Celso de Mello, “qualquer relação de dependência entre o Ministério Público da União e o dos Estados-membros”, de maneira que:

⁷ DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. *Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil*. p.2.

⁸ DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. *Editorial 159: O Ministério Público como legitimado ordinário e sua capacidade postulatória*. 16 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-159/>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

estabelecer uma situação de subalternidade implicaria descaracterizar o próprio modelo federal de Estado, porque se estaria virtualmente, em sede jurisdicional, a transformar, em termos de Ministério Público, o Estado brasileiro em verdadeiro Estado unitário, em que as deliberações emanariam do órgão central do sistema, que seria o Procurador-Geral da República. Acrescentou [o ministro] que, muitas vezes, inclusive, os Ministérios Públicos estaduais poderiam formular representação perante o STF, deduzindo pretensão com a qual não concordasse, eventualmente, a chefia do Ministério Público da União, o que obstaría o acesso do *Parquet* local no controle do respeito e observância, por exemplo, de súmulas impregnadas de eficácia vinculante⁹.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça alinhou sua jurisprudência ao mesmo diapasão da Suprema Corte. E foi além, reconhecendo também ao Ministério Público estadual a legitimidade recursal para oficiar no Sodalício, rompendo com a tradição de lhe conferir somente a interposição dos recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, passando a se orientar pelos princípios institucionais do Ministério Público previstos na Constituição Federal, *ad exempli*, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Com base nesta linha de intelecção, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o Ministério Público estadual “não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STJ”¹⁰.

Ora, se o Ministério Público estadual não se submete ao MPU nem com este se confunde, porque ambos (i) têm chefias diversas — Procurador-Geral de Justiça (PGJ) e Procurador-Geral da República (CFRB, art. 128, §1º e §3º) — e (ii) atuam em prol de entes políticos diferentes, respectivamente Estados-membros e União, de tal sorte que, no âmbito processual, o *Parquet* estadual poderá ajuizar reclamação para apontar violação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou de súmula vinculante, deduz-se não existir empecilho à possibilidade de os Ministérios Públicos dos Estados-membros (MPE) deflagrarem, no Supremo Tribunal Federal, autonomamente, o controle concentrado de constitucionalidade, com fundamento no art. 103, VI, CFRB. Ressalve-se, desde já, que a legitimidade para fazê-lo assemelha-se à dos demais entes estaduais, é dizer, será *especial*, devendo, por isso, demonstrar pertinência temática e repercussão geral. Evidentemente, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça atualizou o ponto de vista semiótico, o conceito de Ministério Público, cujo significado, inevitavelmente, atribui *novo* sentido ao art. 103, inc. VI, da Constituição¹¹.

⁹ STF, *Informativo nº 617*. Brasília, 21 a 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Reclamação e legitimidade de Ministério Público estadual - 3](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Reclamação_e_legitimidade_de_Ministério_Público_estadual_-_3_)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

¹⁰ STJ, AgRg no AgRg no AREsp 194.892-RJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 1ª Seção, 24 out. 2012. DJe: 26 out. 2012.

¹¹ “A própria CF, ao assentar que o PGR é o chefe do MPU, enquanto os MPs estaduais são chefiados pelos respectivos procuradores-gerais de justiça (PGJ) (art. 128, §§ 1º e 3º, da CF), sinaliza a inexistência dessa

4. Semiose Constitucional: a Mudança de Sentido e de Contexto sob Égide da Constituição de 1988

In claris cessat interpretatio ou *in claris non fit interpretatio* são bordões latinos que exortam a desnecessidade de interpretação do texto quando evidente seu sentido. Segundo Emerson Garcia, tais máximas correspondem às teorias clássicas que entendiam pertinente interpretar quando houvesse dúvida ou controvérsia acerca do sentido exato dos significantes linguísticos¹². De fato, para os estudiosos contemporâneos, o brocardo “*in claris...*” é obsoleto porque, como afixou Carlos Maximiliano, “tudo se interpreta”, inclusive aquela “clareza” suficiente para dispensar a exegese do pretor. Ora, se todo enunciado linguístico é passível de interpretação, o mesmo ocorre com a regra positivada no art. 103, inc. VI da Constituição, por meio da qual, diria Emerson Garcia, poder-se-ia construir a norma de decisão, pelo processo hermenêutico deflagrado na conflituosidade entre o enunciado e a norma de decisão.

O raciocínio não é dos mais simples, especialmente porque se pretende conjecturar mudança de sentido acerca de determinado texto, embora a linearidade interpretativa, exercida sobre a literalidade, conduza, primariamente, a sentido diverso e aparentemente incontroverso. Parte-se da premissa, no entanto, de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao declararem prerrogativa dos Ministérios Públicos estaduais para oficiar na Suprema Corte, engendraram mudança na cadeia semântica que subjaz ao interpretante “Ministério Público”. Esta alteração, inexoravelmente, repercute na interpretação e aplicação da Constituição em todos os demais setores e não se limita apenas àquelas hipóteses ventiladas nos tribunais superiores. Seria tal conjectura exemplo de má interpretação do texto constitucional, assim qualificada porque não se satisfaz com a literalidade do art. 103, inc. VI?

Creemos que, do ponto de vista semiótico, não parece inválida tal interpretação, conquanto se demonstre — e esta é a proposta —, (i) a modificação do contexto, que implica a alteração e atualização das unidades culturais que consubstanciam o

relação hierárquica. Assim, não permitir que o MP do estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental ou recurso extraordinário), significa: (a) vedar ao MP estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP estadual e o MP federal, sendo que ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP estadual; (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de tribunal federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas do MP estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte. Ressalte-se que, nesses casos, o MP estadual oficia como autor, enquanto o PGR oficia como fiscal da lei, papéis diferentes que não se confundem, nem se excluem reciprocamente. Esse novo entendimento não acarretará qualquer embaraço ao cumprimento das medidas legais de intimação dos MPs estaduais no âmbito do STJ, já que elas terão como destinatários, exclusivamente, os respectivos chefes dessas instituições nos estados. De igual modo, não se vislumbra qualquer dificuldade quanto ao local de onde deve se pronunciar oralmente o PGJ ou seu representante especialmente designado para tal ato, que tomará a tribuna reservada às partes, deixando inalterada a posição do membro do *Parquet* federal atuante no órgão julgador do STJ, o qual estará na qualidade de *custos legis*”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp nº 194.892-RJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 1ª Seção, 24 out. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*: 26 out. 2012.

¹² GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional*. p.388.

significado; (ii) a confirmação, ou não rejeição, da interpretação postulada em outras partes do texto constitucional, com vistas à preservação da coerência. Em reforço, Emerson Garcia adverte:

[A] clareza intrínseca do texto, enquanto dado objetivo, denotando a presença de um significado evidente, pode nem sempre se harmonizar com as peculiaridades do contexto e os influxos recebidos do próprio sistema em que inserido o enunciado linguístico. É plenamente factível que o intérprete precise se deslocar, do núcleo do significado aparente, para uma improvável periferia, tão improvável que sua existência sequer tenha sido percebida ao primeiro exame¹³.

Acrescente-se que o sentido ora atribuído, em rigor, não afronta o texto constitucional, porquanto a omissão a Procuradores-Gerais de Justiça não significa vedação, proibição de atuação e interpretação que o inclua nesse espectro semântico. Forçoso convir, e com fulcro nas máximas da hermenêutica jurídica, a proibição deveria ser expressamente definida pelo texto, propiciando interpretação restritiva. Definitivamente, não é o caso.

Por outro lado, sob o ângulo da técnica constitucional, não se trata, *ainda*, de mutação constitucional, isto é, de processo informal de reforma da Constituição caracterizado pela alteração de contexto sem retificação do texto (Menault). Cuida-se, antes, de modificação *semiótica*¹⁴, particularmente do interpretante “Ministério Público”, que acarretará, *a posteriori*, eventual a mudança informal da Constituição sobre o art. 103, inc. VI, veiculada por interpretação construtiva ou evolutiva¹⁵. Diz-se *a posteriori* porque parece necessário que essa mudança informal da Constituição ocorra — paradoxalmente — por certas formalidades, *i.e.*, por meio de, *v.g.*, atos jurisdicionais que declarem reconhecimento, pela comunidade de intérpretes, da conclusão minimamente razoável de que aquele novel sentido postulado é compatível com a ordem jurídica (entendida como *intentio operis*) e representa atualização desta.

Sem dúvida, a alteração do entendimento jurisprudencial acerca do perfil constitucional do Ministério Público despertou modificação contextual que afeta tanto

¹³ GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional*. p.390.

¹⁴ “Semiótica”, aqui, deve ser entendida como gênero que se desdobraria em dimensões: semântica, sintática e pragmática.

¹⁵ Guilherme Peña de Moraes, com suporte no magistério de Bruce Ackerman, ensina que “a interpretação constitucional, como instrumento de mutação constitucional em que há a degeneração do sentido, alcance e conteúdo da norma, em contrariedade com entendimento preexistente, não se confunde com a interpretação construtiva, na qual há a ‘ampliação da Constituição para o fim de criar uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente’, e a interpretação evolutiva, na qual há a ‘aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram nas possibilidades semânticas do texto’”. MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. p.65.

o conceito e classificação jurídicos desta instituição quanto a interpretação de todas as normas constitucionais correspondentes e, por conseguinte, abre espaço para o surgimento de nova hipótese de incidência dessas normas, que não tinha sido prevista originariamente — e nem por isso deve ser reputada inválida. Seria igualmente correto afirmar que a guinada jurisprudencial remodelou a pré-compreensão (*vorverständnis*) necessária à interpretação das normas aplicáveis no contexto do *Parquet*, viabilizando a releitura das normas constitucionais à luz desse posicionamento inovador¹⁶.

Doravante, poder-se-ia atribuir à locução “Procurador-Geral da República”, expressa no art. 103, VI, Constituição Federal, o sentido de “chefe ou chefe do Ministério Público”, de modo a abranger, sob o pálio da legitimidade ativa revestida de capacidade postulatória especial, todos os Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais, exatamente porque a Constituição, quando estrutura o Ministério Público Brasileiro, divide-o em Ministério Público da União, capitaneado pelo Procurador-Geral da República, e Ministérios Públicos Estaduais, encabeçados por Procuradores-Gerais, que, na forma da Constituição, não se confundem com o Procurador-Geral da República. Evidentemente, o art. 128, incs. I, II, §§ 1º e 3º, CFRB, aparta totalmente da União os Ministérios Públicos dos Estados, facultando-lhes, inclusive (§5º), iniciativa do projeto de lei complementar relativo à organização da carreira. Ora, se cabe aos Procuradores-Gerais, à semelhança do Procurador-Geral da República, deflagrar projeto de lei complementar, por que não poderiam, de outra ponta, propor ações diretas no Supremo Tribunal Federal?

Reconhecida a legitimidade ativa dos Procuradores-Gerais de Justiça no controle abstrato de constitucionalidade, há alguns detalhes que devem ser, desde já, destacados, *ad numum*: (i) depreende-se, por derradeiro, que os Procuradores-Gerais de Justiça são legitimados especiais e deverão observar a harmonia estabelecida aos demais legitimados estaduais, cabendo-lhes, assim, a demonstração de pertinência temática e de repercussão geral; (ii) a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça não derroga a da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp); (iii) a legitimidade ativa alcança o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, sobretudo pelo teor do art. 128, inc. II, §3º; (iv) autoriza-se, por conseguinte, que o Procurador-Geral de Justiça proponha revisões ou cancelamento de súmula vinculante, notadamente quanto o epítome afetar interesses do ente federativo ao qual esteja atrelado¹⁷; (v) o Procurador-Geral de Justiça possui capacidade postulatória para propositura da ação.

¹⁶ Permita-nos o leitor confidenciarmos nossa opinião, colhendo o ensejo da abordagem hermenêutica e já cientes dos entendimentos doutrinários na direção inversa, no sentido de que a interpretação promovida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça configuram exemplo excepcional do que se denomina de “grau zero de sentido” porque, malgrado seja árduo falar em originalidade nesse contexto, em que se pressupõe que sujeito cognoscente é lançado no mundo (*pré*)existente (*Dasein*), o grau zero de sentido seria possível tanto em contextos técnicos quanto — e de maneira mais bela — em metáforas, quando (e somente) a interpretação do texto revelará se se trata de metáfora ou literalidade.

¹⁷ Mencione-se, à guisa de ilustração, a súmula vinculante nº 24, cujo cancelamento poderia eventualmente ser proposto pelo Ministério Público de determinado Estado que demonstre pertinência na persecução penal do crime de sonegação fiscal local e possíveis prejuízos na arrecadação de ICMS.

5. Considerações Finais

Demonstrada a obsolescência da proposição *in claris cessat interpretativo*, para, em contrapartida, assumir que tudo se interpreta, torna-se válido inferir que a norma constitucional – ou o enunciado linguístico que compõe a Constituição formal, para nos esmerarmos pela tecnicidade de Emerson Garcia – positivada no art. 103, inc. VI, é, também, passível de interpretação, em que pese a clareza de sua disposição literal, referindo-se expressamente ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, cuja interpretação linear desse sentido literal é igualmente válida.

Sob outro ângulo, ao jungir esta premissa com as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os Ministérios Públicos dos Estados não se subordinam à chefia do MPU, deduz-se que a locução “Procurador-Geral da República” contida no art. 103, inc. VI, poderá ser interpretada como “chefia do Ministério Público”, com o condão de legitimar os Procuradores-Gerais de Justiça a também deflagrarem o controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no qual já estão habilitados a ajuizar reclamação e proferir sustentação oral. Entretanto, pelas mesmas razões que os demais legitimados ativos que representem órgãos de Estados-membros devam demonstrar repercussão geral e pertinência temática, também os Ministérios Públicos dos Estados, no ajuizamento das ações diretas, deverão expor os mesmos requisitos, porquanto sejam legitimados especiais.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; _____. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2012.

_____. Constituição (1969). *Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969*. Brasília, Distrito Federal: 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Congresso Nacional, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Brasília, 1999. *Diário Oficial [da] União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Brasília, 1999. *Diário Oficial [da] União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Brasília, 1993. *Diário Oficial [da] União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 03 dez. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, vol. 237, nov. 2014. p.45-87.

_____. *Editorial 159: O Ministério Público como legitimado ordinário e sua capacidade postulatória*. 16 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-159/>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamego. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada (in)constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2ª ed. Niterói: Ímpetus, 2008.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp no 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 1ª Seção, 24 out. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. 26 out. 2012.

_____. *Informativo de Jurisprudência* nº 0507. Brasília, 18 a 31 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 29/06/2001. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>>. Acesso em: 17 out. 2012.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 29/06/2001. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em: 17 out. 2012.

_____. Reclamação nº 7358-SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03/06/2012, *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623727>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. Recurso Extraordinário nº 91.740-RS. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 12/03/1980. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185336>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. *Informativo* nº 617. Brasília, 21 a 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Reclamação e legitimidade de Ministério Público estadual – 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Reclamação_e_legitimidade_de_Ministério_Público_estadual_-_3)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. *Informativo* nº 683. Brasília, 08 a 11 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo683.htm#transcricao1>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro

Hermes Zaneti Jr.*

Sumário

1. *Work in Composition*: Justiça É um Serviço Público e Imparcialidade Não É Passividade. 2. O Ministério Público como Instituição de Garantia dos Direitos Fundamentais. 2.1. Constitucionalização do Direito Processual e do Ministério Público. 2.2. Ainda Há um Promotor de Justiça em Berlim: Princípio da Acionabilidade. 2.3. Os “Valores da Lei” e a “Neutralidade Técnica” do Ministério Público nos Estados Democráticos Constitucionais. 2.4. Independência e Especialização: Atividade Tendencialmente Cognitiva (Interpretação Realista, Moderada e Responsável). 2.5. Efetividade e Estímulo à Proatividade Positiva. 3. As Normas Fundamentais do CPC e a Atuação do Ministério Público na Garantia dos Direitos Fundamentais. 3.1. Constitucionalização do Direito Processual. 3.2. Justiça Multiportas. 3.3. Processo Justo. 3.4. Primazia do Julgamento de Mérito. 3.5. Boa-fé, Lealdade Processual e Vedação do Abuso de Direito Processual. 3.6. Cooperação. 3.7. Contraditório. 3.8. Duração Razoável do Processo. 3.9. Autorregramento da Vontade no Processo. 3.10. Fundamentação Hermenêutica e Analiticamente Adequada das Decisões e dos Atos Postulatórios. 3.11. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 3.12. Demandas ou Questões Repetitivas: Casos Repetitivos e Gestão de Processos. 3.13. Acesso aos Tribunais Supremos (STJ e STF). 4. Conclusões Parciais. Referências Bibliográficas.

Resumo

O CPC/2015 é um Código de doutrina e operativo. Cabe à doutrina garantir a sua unidade de aplicação, conformando a prática aos objetivos definidos nas normas fundamentais. Doutrina e prática andam juntas, vida e processo também. O CPC/2015 muda o paradigma do CPC/1973 por alterar as premissas sobre as quais o direito processual anterior estava assentado – de um modelo fundado em um sistema fechado, privatista, patrimonialista, liberal em relação ao direito de ação e estatal em relação à norma processual, o novo Código realiza a passagem para um modelo fundado em um sistema aberto, constitucionalizado, combinando autorregramento da vontade com impulso oficial. A norma processual não serve mais à *mera* técnica, mas à tutela dos direitos funcionalizada à Constituição. O CPC, como se defende no texto,

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino/IT. Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre/I. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo (MPES). Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

não mais liberal ou social, é fruto da síntese política e pluralista do Estado Democrático Constitucional, agregando direitos sociais e direitos de liberdade, assim como as demais dimensões dos direitos fundamentais, em uma democracia de direitos. Assim, organizado a partir da divisão entre parte geral e parte especial, o CPC traz normas fundamentais que disciplinam todo o direito processual, apresentando uma narrativa que deve ser orientadora da interpretação e da prática processual brasileiras. As normas fundamentais estão explicitadas nos doze primeiros artigos do Código, indicando a sua prioridade, mas também em outros pontos-chaves do diploma, como as convenções processuais e os precedentes, indicando sua presença em toda a extensão do Código. Os pontos fundamentais tratados no texto são o impacto da mudança do paradigma processual para a atuação do Ministério Público e a funcionalização da atuação do Ministério Público às normas fundamentais em espécie, como metanarrativa da atuação ministerial. O Ministério Público é apresentado aqui como instituição de garantia dos direitos fundamentais e de garantia da unidade do ordenamento jurídico de direito processual a partir da custódia de suas normas fundamentais. Justiça é um serviço público e imparcialidade não é passividade.

Abstract

The CPC/2015 is a code of doctrine and practice, therefore, operational, it is up to the doctrine to guarantee its unit of application, conforming the practice to the general objectives defined in the fundamental norms. In this sense, it changes the paradigm of CPC/1973 for changing the premises on which the previous procedural law was based, from a model based on a closed, privatized, patrimonialist, liberal system in relation to the right of action and statalized in relation to the procedural norm. The CPC moves to a model based on an open, constitutionalised system, combining autonomy and official impulse in matters of public interest, in which the procedural norm serves the fairly, timely and effective protection of rights. The CPC is not liberal or social, it is the result of the Democratic Constitutional State, which adds social and freedom rights. Currently, organized from the division between general part and special part, the CPC brings fundamental norms that discipline the entire procedural law, presenting a narrative that should guide Brazilian interpretation and procedural practice. The fundamental norms are explained in the first twelve articles of the Code, indicating their priority, and also in other key points of the diploma, indicating their presence in all its extension. The key points addressed in the text are the impact of the change from the procedural paradigm to the performance of the Brazilian Ministério Público and the fundamental norms as a narrative for the institutional action. Justice is a public service and impartiality is not passivity.

Palavras-chaves: Direito Processual. Normas fundamentais. Constitucionalização. Interesse público. Solução de conflitos.

Keywords: Procedural Law. Fundamental norms. Constitutionalization. Public interest. Conflict solving.

1. *Work in Composition*: Justiça É um Serviço Público e Imparcialidade Não É Passividade

O Código é essencialmente um trabalho em composição (*work in composition*), nem *adversarial* [dispositivo e privatista, voltado para as partes], nem *inquisitorial* [publicista e estatal, voltado para o interesse geral]; estas qualificações não se encaixam com o que a litigância civil fundamentalmente é. É um trabalho em composição, porque ele deve conciliar os princípios liberais da tradição francesa, que fazem das partes as donas do processo judicial, e a afirmação dos poderes do juiz, quem deve – em decorrência do mandato processual – realizar sua missão para atingir a solução mais justa da disputa, no interesse geral. Justiça é um serviço público e imparcialidade não é passividade. De fato, é justificado afirmar que os artigos 1 a 13 do novo Código definem um genuíno princípio da cooperação entre o juiz e as partes na elaboração do julgamento. Isto é, como é sabido, o objetivo do processo civil. Esta doutrina não é fruto de uma geração espontânea, afirmada para satisfazer desejos acadêmicos. Como nós veremos, os Princípios Processuais Guias e a concepção da litigância civil que eles transmitem têm uma longa história.¹

Justiça é um serviço público e imparcialidade não é passividade, estas palavras, extraídas da epígrafe de Loïc Cadiet, professor da Sorbonne, Presidente da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), definem o marco da atuação do juiz e do Ministério Público no novo processo civil.

O serviço público que o processo civil presta está ligado à efetivação dos direitos fundamentais, no processo, são as normas fundamentais que organizam e disciplinam este serviço. Normas fundamentais são normas que estruturam a aplicação do direito dentro de um determinado ordenamento para além do texto. A ideia das normas fundamentais é dar unidade de sentido e direção à aplicação do direito. Estas normas fundamentais resultam da experiência histórica, do direito comparado e da melhor doutrina processual civil. Elas representam uma necessidade, ao mesmo

¹ Palavras de Loïc Cadiet, proferidas após trinta anos da vigência do Código de Processo Civil Francês de 1976, que inspirou a parte geral do CPC/2015. No original: “*The Code is essentially a work in composition, neither adversarial nor inquisitorial; these qualifications do not suit what civil litigation fundamentally is. It is a work in composition, because it must conciliate the liberal principles of French tradition which make parties the owners of the lawsuit, and the affirmation of the powers of the judge, who must – as a procedural mandate – realize his mission to achieve the fairest solution to the dispute, which is in the general interest. Justice is a public service and impartiality is not passivity. In fact, it is justified to say that Articles 1 to 13 of the new Code define a genuine principle of co-operation between the judge and the parties in the elaboration of the judgment. This is, of course, the aim of civil procedure. This doctrine is not the fruit of a spontaneous generation, issued to satisfy some academic satisfaction. As we see, the Guiding Procedural Principles, and the conception of civil litigation that they convey, have a long history.*” CADIET, Loïc. *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review*. Ritsumeikan Law Review, nº 28, 2011, p.349.

tempo, prática, racional e normativa do aperfeiçoamento das nossas instituições de justiça. Atingem, por esta razão, o Ministério Público como parte, como fiscal do ordenamento jurídico e como órgão público que atua no processo judicial e em processos e procedimentos administrativos.

As normas fundamentais do Código de Processo Civil orientam e direcionam a aplicação do direito processual brasileiro. Portanto, elas não se restringem ao novo diploma. As normas fundamentais espalham sua normatividade para todo o direito processual, seja ele relacionado aos microsistemas que gravitam em um diálogo de fontes com o CPC e a Constituição, como o caso do microsistema do processo coletivo, seja para os outros ramos do direito processual, como o direito processual penal, o direito processual administrativo, o direito processual do trabalho, o direito processual eleitoral, o direito processual legislativo, os processos negociais das relações obrigacionais entre privados (*ex vi, e.g.*, do art. 15, CPC c/c art. 3º CPP, entre outros).

As normas fundamentais garantem a estabilidade, a coerência e a integridade do direito processual, ao mesmo tempo em que garantem a sua dinâmica e a sua racionalidade. A partir de uma pauta flexível de trabalho, orientada por valores comuns, as normas fundamentais articulam-se para garantir a adequação do direito processual brasileiro à Constituição.

Por esta razão, a engenharia do CPC marcou, na sua estrutura, a passagem de um modelo formalista e estático do ponto de vista normativo, em que a única garantia era o texto da lei (*paleojuspositivista*, no qual a existência do texto de lei era igual a sua validade, inquestionável aos olhos do ordenamento jurídico), para um modelo que compatibiliza o texto e as finalidades da norma, em uma contínua reconstrução normativa do ordenamento processual, ancorada na cultura jurídica, na tradição e nos direitos fundamentais (*jusconstitucionalista*, no qual a Constituição funciona como parâmetro normativo de controle formal e substancial das normas), atividade tendencialmente cognitiva, pois limitada e vinculada pelos direitos fundamentais.

Por esta razão, a parte geral do CPC/2015 apresenta, já no primeiro capítulo, uma novidade transformadora do ponto de vista normativo, introduzindo doze artigos referentes às normas fundamentais. As normas fundamentais do CPC, contudo, não se limitam aos doze primeiros artigos. Há normas fundamentais espalhadas por todo o diploma processual, sendo notáveis, para além dos doze primeiros artigos, os artigos referentes às convenções processuais,² à fundamentação adequada, aos precedentes e aos casos repetitivos.

As normas fundamentais tratam da *constitucionalização do direito processual* (art. 1º, CPC), do *acesso à justiça* pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também

² Não há consenso quanto à terminologia mais adequada para tratar do autorregramento da vontade no novo CPC. Alguns autores preferem acordos, outros negócios e, por fim, convenções. À parte o debate sobre a extensão da terminologia, adotamos aqui, por ora, a terminologia sugerida por CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. Assim: "Convenção (ou acordo) processual é o negócio plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento" (*Idem*, p.68).

através da *justiça multiportas* (art. 3º, §§ 1º ao 3º, CPC), do *processo justo* (art. 2º e 8º, CPC),³ do princípio da *primazia do julgamento de mérito* (art. 4º, CPC), da *boa-fé e da lealdade processual*, com o controle objetivo do *abuso de direito processual* (art. 5º, CPC), da cooperação ou colaboração (art. 6º, CPC), do *contraditório*, preferencialmente prévio, mas também diferido e eventual, compreendido não apenas como direito de ação e reação (simples bilateralidade da audiência), mas como *direito de influência e dever de debates para as partes e por parte do juiz* (arts. 7º, 9º, 10, CPC), da *duração razoável do processo* (arts. 4º e 12, CPC), do *autorregramento da vontade no processo* (arts. 190 e 200, CPC), da *fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada* (art. 11 e 489, §1º, CPC), dos *precedentes normativos formalmente vinculantes* (arts. 926, 927, 489, §1º, V e VI, CPC) e dos *casos repetitivos* (art. 928, CPC).

O conjunto destas alterações aponta para uma renovada relação entre as partes, o juiz e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, com a formação de uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft, cumunione di lavoro*).

Reconhece, ademais, a preponderância do processo como direito fundamental e alberga a garantia constitucional de que o processo é o âmbito para a efetivação das promessas não cumpridas pelo adimplemento espontâneo do direito material.

O Poder Judiciário e o Ministério Público são instituições de garantia de segundo grau, entrando em campo justamente quando as demais garantias dos direitos fundamentais falham em sua função. As garantias e as instituições de garantia que efetivam as garantias são técnicas normativas de tutela dos direitos subjetivos, individuais e coletivos. Há, no processo, uma pretensão de correção do ponto de vista material e processual. O processo é um ambiente de debates regrado e temporalmente limitado apto a resolver questões concretas para a efetivação da tutela dos direitos com respeito às garantias processuais fundamentais das partes. Isto qualifica o processo como uma espécie de discurso prático do caso especial, na expressão consagrada na doutrina,⁴ pode-se dizer que isto permite que o debate jurídico no processo seja

³ Por exemplo, disciplinando o princípio da demanda, os poderes de impulso oficial, os casos em que a legislação autoriza a relativização do princípio da demanda e dos poderes de impulso oficial, para atingir a finalidade do processo, a exemplo do autorregramento da vontade e dos poderes instrutórios e de gerenciamento do processo pelo juiz.

⁴ “A amplitude e os tipos de limitações são muito distintos nas diferentes formas [de discurso]. A mais livre é a discussão da ciência jurídica. No processo se dão as maiores limitações. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos, a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária, e o dever de veracidade está limitado. O processo de argumentação está limitado temporalmente e está regulamentado por meio das regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, quicá como regra, não se trata de que a sentença seja correta ou justa para as partes, mas, sim, vantajosa [...] Os distintos tipos de processo não parecem por isso que se possam qualificar, sem mais, nem como discurso, nem como ação estratégica. Isto leva a supor que a distinção é demasiadamente simples. A mesma não faz justiça a uma série de fenômenos que não podem ser claramente classificados como um ou como outro. Esta especial situação intermediária do processo exclui certamente que se lhe possa designar simplesmente como discurso, porém significa por outro lado que o processo não pode ser compreendido teoricamente sem referência ao conceito de discurso. O último se conecta, sobretudo, com a pretensão das partes de argumentar racionalmente. Assim, por exemplo, no processo civil, as partes não querem em geral convencer-se umas às outras – isto já se demonstrou anteriormente como impossível – mas, sim, pretendem, por assim dizer, que toda a pessoa racional deva estar de acordo com elas. Pretendem ao menos que seus argumentos sejam de tal natureza que se encontrariam de acordo sob condições ideais. Portanto, a teoria do discurso não resulta somente adequada, mas, sim, inclusive necessária, para

qualificado pelo contraditório e pelo conteúdo jurídico das afirmações, tornando-se um debate deontologizado, tendencialmente cognitivo.⁵

Por estas razões, podemos dizer que o CPC/2015 é um Código de doutrina,⁶ pois depende da doutrina para lhe dar unidade e valoriza os resultados da pesquisa e da evolução do conhecimento em direito processual dos últimos cinquenta anos, período coincidente com a estabilização das contemporâneas democracias constitucionais e da ideologia dos direitos fundamentais como fundamento do modelo de Estado Democrático Constitucional. Neste período, fixou-se o aforisma de que não existem direitos fundamentais sem democracia e que sem democracia não existem direitos fundamentais.

Neste sentido, é imperativo reconhecer, para partir do conhecido paradigma da Escola Processual de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que o *formalismo-valorativo*⁷ orienta a compreensão deste novo processo, isto é, orienta as relações entre as normas fundamentais e a prática judiciária.

A totalidade formal do processo compreendida como a delimitação dos poderes, faculdades, ônus e deveres dos sujeitos processuais e de todos aqueles que participam de qualquer forma do processo é animada pelas normas fundamentais, coordenando as atividades, ordenando o procedimento e organizando o processo para o atingimento da sua finalidade. O processo passa a ser compreendido, desta maneira, como organização da desordem, da qual emerge a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva, de forma previsível e constitucionalmente compatível aos direitos fundamentais. O formalismo-valorativo é a fase metodológica do processo que permite compatibilizar, pós-giro linguístico, a filosofia analítica e a hermenêutica filosófica, o Estado de Direito e o Estado Constitucional, o pluralismo de direitos e o princípio democrático.⁸

a compreensão teórica da argumentação." ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 2ª ed. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.206 e 212.

⁵ Para o debate sobre estas questões cf. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, cap. 3, última parte.

⁶ Neste mesmo sentido, em estudo sobre o Código de Processo Civil Francês de 1976, cf. CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011, p.349.

⁷ A expressão é de criação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, professor titular de direito processual civil da UFRGS, em aula do programa de pós-graduação, no ano de 2004. A ideia já vem clara em sua tese de doutoramento, destacando-se do conceito de formalismo *lato sensu* compreendido como: "A totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais"; dessa maneira, cumpre a "tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento"; e assim "contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil* – Proposta de um formalismo-valorativo, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 [1997 – tese defendida no doutoramento do autor na USP em 1993, sob orientação de Cândido Rangel Dinamarco], p.6-7 - sem grifo no original). Ver ainda: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, vol. 137, p.1-31, jul. 2006. Vários são os trabalhos que se inspiraram no formalismo-valorativo como fase metodológica do processo, entre estes, recentemente cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: O Processo Civil do Formalismo-Valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁸ Preferindo a expressão processo do Estado Constitucional, cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015. Neste

O que não se pode permitir e seria evidente retrocesso, contrariando várias das orientações normativas previstas nas normas fundamentais, é erigir a forma como limite absoluto, pervertendo a sua função nobre de garantia em uma função de controle pejorativo, ao estilo dos *sacramentos* do período das ações da lei no direito romano⁹, um formalismo finalístico (forma em sentido estrito)¹⁰ despreocupado com as garantias dos direitos fundamentais e de duvidosa autoridade nos Estados Democráticos Constitucionais. Como foi afirmado, o único formalismo possível no Estado Democrático Constitucional é o *formalismo-valorativo* (formalismo *lato sensu*), da forma como liberdade e segurança, não como instrumento de arbítrio ou comando.¹¹

Iremos abordar, nos próximos tópicos, a influência desta mudança de perspectiva no âmbito da atuação do Ministério Público na própria deontologia do Ministério Público, ou seja, nos deveres e direitos ligados ao exercício prático da ética desenhada pelo CPC para os membros do Ministério Público, não só no que diz respeito às normas fundamentais em geral, mas também no que diz respeito aos artigos que disciplinam a atuação do Ministério Público em favor da finalidade constitucional do processo: a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva.

O texto desenvolve-se em duas partes: a) a primeira destinada a justificar a atuação do Ministério Público na perspectiva constitucional dos direitos fundamentais como uma instituição de garantia destes direitos, apresentando a mudança de perspectiva em relação aos modelos *demandista* e *formalista* do CPC/1973; b) a segunda, voltada a descrever as normas fundamentais e apresentar a unidade do Código de Processo Civil de 2015 como um *novo modelo de atuação das funções ministeriais de garantia dos direitos fundamentais*, alinhado à Constituição, apresentando os dispositivos e a interpretação que entendemos confirmar a adequação do CPC/2015 ao *perfil constitucional resolutivo, adequado, tempestivo e efetivo de atuação do Ministério Público na tutela dos direitos*.

sentido estamos de acordo com Claudio Madureira, segundo o qual não há sentido em alterar a consagrada expressão que define a atual fase metodológica como processo do *formalismo-valorativo*. A expressão traduz uma escola de pensamento, uma ideia bem definida que lhe sustenta e a passagem do instrumentalismo, centrado na jurisdição e nos seus escopos, para o processo como elemento central da compreensão do fenômeno processual em uma sociedade democrática. Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*. p.64/72. Para nossa defesa do formalismo-valorativo conferir ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova Fase Metodológica do Processo Civil. *Revista de Direitos Difusos*, ano XI, vol. 53, p.13/32, mar. 2011.

⁹ "O formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade as palavras da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer mossa ao espírito do julgador o mérito da lide. Hoje, os romanistas mais eminentes reconhecem no ritual simbólico do *sacramentum* a mais antiga ação da lei, traços inequívocos da concepção religiosa da época." (LACERDA, Galeno, Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 2, nº 3, p.74-86, jul./dez. 1961, p.79).

¹⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil*, cit., p.3-4.

¹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil*, cit., p.5-7.

2. O Ministério Público como Instituição de Garantia dos Direitos Fundamentais

2.1. Constitucionalização do Direito Processual e do Ministério Público¹²

O Novo Código de Processo Civil representa a evolução constitucional do processo civil do Código Buzaid até os nossos dias, superando o modelo anterior integralmente (art. 1º, CPC/2015).

Procura, por essa razão, retratar o esforço da doutrina, da jurisprudência e das sucessivas reformas processuais em adequar o modelo processual brasileiro à nossa Constituição de 1988, a Carta Cidadã – documento marco da retomada democrática do Brasil.

O CPC/2015 recepciona a Constituição, constitucionalizando o processo.¹³ A doutrina já exigia a constitucionalização do processo como um corolário da constitucionalização do ordenamento jurídico.¹⁴ O CPC vai além, o Novo Código de Processo Civil lança as bases para uma atualização geral do processo civil a partir do compromisso de ser interpretado integralmente à luz da Constituição.

Para tanto, de início, estabelece normas fundamentais que darão o norte interpretativo do direito processual, a partir de sua promulgação. Normas-regra e normas-princípio, introduzidas nos doze primeiros artigos (arts. 1º a 12, CPC) e espalhadas por todo o diploma legal, como exemplificam os negócios processuais (arts. 190 e 200, CPC), a fundamentação hermenêutica e analítica adequada (art. 489, §1º, CPC) e os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926 e 927, CPC).

As normas fundamentais se protraem e contaminam todo o modelo processual brasileiro, afetando diretamente as leis processuais extravagantes, o processo eleitoral, o processo administrativo, o processo do trabalho (art. 15, CPC/2015) e o processo penal (art. 3º, CPP),¹⁵ alterando a divisão de trabalho, a relação de forças no processo, a distribuição de funções entre os sujeitos do processo, ou seja, os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos processuais.

A primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC), a boa-fé processual (art. 5º, CPC), o contraditório (art. 7º, 9º e 10, CPC) e a cooperação (art. 6º) dão conteúdo e direção a essa mudança de rumos para o processo democrático.¹⁶ Isso vale também para a atuação do Ministério Público, seja como agente, propondo a ação, seja como interveniente, atuando como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*).

¹² A primeira parte deste texto está relacionada com ideias já publicadas anteriormente em ZANETI JR., Hermes. Art. 176. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹³ ZANETI JR., Hermes. Art. 176. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo civil brasileiro e codificação*. *Revista de Processo*. vol. 179, p.261, jan., 2010.

¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. [2005, tese de doutorado] 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁵ Cf. CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, (Coleção Repercussões do Novo CPC. Fredie Didier Jr. Vol. 13).

¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 209, p.349-374, jul. 2012.

Estas novidades estão de acordo com as funções constitucionais do Ministério Público como agente promocional dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 atua, portanto, como o estatuto jurídico-político, dando unidade ao ordenamento jurídico, constringendo a política e os interesses do mercado aos direitos fundamentais. Isto ocorre porque os poderes tendem à expansão ilimitada, por isto o Estado Democrático Constitucional é, antes de tudo, um Estado que, através da tutela dos direitos, limita o poder.

O Estado Democrático Constitucional é o resultado da fusão entre Estado Liberal e Estado Social, acrescido das dimensões de direitos difusos e coletivos e da participação dos destinatários finais dos atos de poder na formação destes atos e na tomada da decisão. O Ministério Público constitucional representa uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, garante a tutela destes, quando ocorrem as disfunções políticas por parte do Estado. O processo previsto no CPC, que tem por finalidade a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva, é o instrumento para tutela das expectativas positivas (direitos sociais, direitos prestacionais) e negativas (direitos de liberdade, direitos negativos) em face do exercício arbitrário dos poderes selvagens do mercado e da política, cabendo ao Ministério Público sua defesa, no âmbito das suas funções constitucionais.¹⁷

Alguns poderiam dizer que a constitucionalização já havia ocorrido em 1988, uma vez não existir direito fora da Constituição Federal. Contudo, é bom compreender o tema em uma perspectiva histórica – o processo de constitucionalização leva tempo. A expressa menção, no novo diploma legal, do dever de interpretação conforme à Constituição (art. 1º) é um grande passo adiante, pois é sabido o impacto que a Constituição de 1988 teve no direito processual, a começar por ter tal impacto, pela primeira vez na história brasileira, ampliado alguns princípios do processo penal para o processo civil.

Constitucionalizar a lei infraconstitucional é um grande passo para apagar dois grandes problemas: a) expurgar antigas soluções individualistas e privatistas extremadas de processo, decorrentes do abuso dos direitos de liberdade das partes, do formalismo jurídico e do formalismo interpretativo; b) afastar antigas soluções publicistas radicais igualmente extremadas, decorrentes do abuso do papel do Estado-juiz no processo, sem a possibilidade de efetiva influência das partes e do Ministério Público nas decisões judiciais e sem o dever de debates do juiz para com as partes e para com o Ministério Público. As normas fundamentais da fundamentação hermenêutica e analítica adequada, da estabilidade, coerência e integridade dos precedentes normativos formalmente vinculantes e da vedação da decisão surpresa, não por acaso expressamente ligadas entre si por expressa menção normativa (art. 927, §1º, CPC), tratam de reduzir esta discricionariedade das partes e do juiz, equilibrando funções liberais e sociais do processo.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, vol. 951, p.227-259, jan. 2015.

O Código não é nem liberal, nem social, é democrático constitucional. Com o CPC/2015, dissolve-se o paradoxo metodológico entre *civil law* e *common law* no Brasil e restitui-se ao processo o ambiente democrático que é composto dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

A grande preocupação do legislador de constitucionalizar o processo vem secundada pela necessidade de resolver um problema criado pela constitucionalização do acesso à justiça: o *overload* (sobrecarga) da máquina judicial. Os tribunais e juízes já eram, por essência, antes desse fenômeno, burocratizados e lentos. Trata-se, agora, de adequar a justiça à nova era dos conflitos de massa, equilibrando segurança jurídica e efetividade, para garantia da tutela adequada. Foi justamente para atender à efetividade que surgiu, nas últimas décadas do século XX e no início do século atual, uma série de técnicas processuais, tendo, em comum, este traço característico.

O selo da efetividade carrega técnicas processuais do novo Código, tais como o mais rigoroso controle dos prazos processuais (art. 12, CPC), a arbitragem, a conciliação e a mediação (arts. 3º, 165 a 175, 334 e 515, §2º, CPC, e todos os demais meios heterocompositivos e autocompositivos), os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, §1º, V e VI, CPC), o julgamento dos casos repetitivos (art. 928, CPC, consistentes nas técnicas do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos), os negócios processuais (arts. 190 e 200, CPC), a primazia do julgamento de mérito (arts. 4º, 139, IX, 488, 932, par. ún., CPC), entre outros.

A bem da verdade, o problema da sobrecarga não deve ser debitado exclusivamente ao Poder Judiciário ou ao acesso à justiça, mas a problemas estruturais de uma sociedade em democratização, principalmente, ao observarmos que a justiça começa a ser efetivada antes do Judiciário, através da norma legal adequadamente desenhada para os casos concretos – de forma a diminuir a incidência de “crises de inadimplemento” e a resolver as “crises de aplicação” do direito, independentemente de atuação jurisdicional – tarefa essa do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, o problema da sobrecarga do Poder Judiciário e do Ministério Público decorre igualmente da não atuação eficiente, efetiva e adequada da Administração Pública na tutela dos direitos – tarefa do Poder Executivo. Isso tudo se verifica no fato constatado de ser a Administração Pública diretamente uma das maiores litigantes no Brasil, bem como fomentar indiretamente uma série de litígios, em razão da sua ineficiência na função de controle e regulação do mercado, de que são exemplos o caso dos serviços de telefonia, as instituições financeiras e as lesões provocadas aos direitos dos consumidores por estes setores da economia.

A falta de controle e regulação efetivos do mercado pela Administração Pública e seus órgãos torna-se um argumento ainda mais relevante quando se percebe que o Brasil adota o modelo das agências reguladoras, modelo que pode e deve intervir na manutenção dos limites e vínculos dos direitos fundamentais aplicáveis aos poderes selvagens do mercado e da política. As agências reguladoras não são instituições de governo, são instituições de garantia.

Isso tudo significa dizer que o Código de Processo Civil, como de resto todo o ordenamento jurídico, deve refletir as ideologias e as determinações esculpidas nos direitos fundamentais (cláusulas pétreas constitucionais), refletindo a constitucionalização de todo o ordenamento jurídico a partir de 1988. O Código de Processo, como qualquer lei, só é válido no âmbito dos direitos fundamentais desenhados na Constituição que o orientam e o informam. Ao lado da efetividade, deve existir a preocupação com a segurança jurídica. Efetividade não é igual à celeridade. Como bem ponderou a doutrina, nem tudo se amolda ao jargão “quanto mais depressa melhor”,¹⁸ sendo que convém resguardar as garantias constitucionais do processo justo (devido processo legal) e do julgamento justo que dele deve advir, valorizando, além da efetividade, outro grande vetor do direito processual: a segurança jurídica.¹⁹

Neste sentido, é preciso compreender que ocorreram *duas fases distintas de constitucionalização do processo*: a) em uma primeira fase, a constitucionalização do processo representava a *positivação de garantias processuais na Constituição*, especialmente garantias processuais de ação, com a finalidade de garantir o acesso à justiça e evitar o arbítrio processual; b) em uma segunda fase, a constitucionalização representa a passagem de uma *teoria do direito processual focada nas antigas estruturas do direito civil liberal para uma teoria do direito processual focada na teoria dos direitos fundamentais*, com a finalidade de garantir a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva. Nesta segunda fase, todo o ordenamento processual se constitucionaliza.²⁰

Em consequência desta segunda fase, é preciso compreender o processo do Estado Democrático Constitucional à luz do *formalismo valorativo*, fase metodológica que permite a adequação da forma ao conteúdo, abrangendo o estudo do processo na “totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais [...] indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento [...] a própria ideia do processo como organização da desordem, prestando previsibilidade ao procedimento”.²¹

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos, in: *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.2-6.

¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*: Proposta de um Formalismo-Valorativo [1997]. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010, p.16/18. Cf., ainda, para as relações entre direitos fundamentais e processo, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, vol. 1, 2 e 3, especialmente o vol. 1, inteiramente dedicado à teoria do direito processual civil no Estado Constitucional. Para maiores referências bibliográficas e ampliação do tema ver adiante o tópico sobre a constitucionalização, na parte dedicada às normas fundamentais.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*, p.28.

Portanto, o ordenamento constitucional condensa as diretrizes axiológicas densificadas em diretrizes normativas. É justamente essa condensação e essa densificação que devem ser compreendidas como *forma em sentido amplo* ou *formalismo valorativo*. O *formalismo valorativo* deve ser visto como um método de pensamento voltado à organização do formalismo processual em prol das finalidades do processo, servindo ao processo como um postulado normativo para a interpretação das normas processuais (inclusive para denunciar o formalismo excessivo) e para a solução de eventuais conflitos ou colisões normativas.²²

Essas ideias iluminam nossa preocupação em analisar, de forma mais detida, as orientações propostas pelo CPC para o Ministério Público. Devemos observar que o Ministério Público, em sua função constitucional, demandista e resolutive, acionando, intervindo ou autocompondo, é sempre órgão de garantia secundária, ligado à efetivação dos direitos fundamentais não adimplidos espontaneamente, promovendo seu aperfeiçoamento.

2.2. Ainda Há um Promotor de Justiça em Berlim: Princípio da Acionabilidade

A doutrina estrangeira afirmou que ainda há um Promotor de Justiça (um Ministério Público) em Berlim. Não havendo observância dos direitos eclipsados na Constituição, deve existir um órgão capaz de efetivar as garantias secundárias. Isto significa que, para a doutrina, não basta haver um órgão de garantia judicial se não houver acesso à justiça através de um órgão de garantia que possa *acionar* o juiz. Assim, ao lado dos juízes de Berlim, é preciso haver um Ministério Público em Berlim. Isto quer dizer que, se não houver um órgão público capaz de garantir os direitos fundamentais, de nada adianta o Estado reconhecer direitos fundamentais. O juiz é inerte, precisa ser provocado; a existência do Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais é a garantia de que estes serão respeitados.

Portanto, para completar o modelo garantista de direitos, ao lado do direito de ação do indivíduo, é necessário um órgão público que atue como instituição de garantia para ativar a jurisdição (princípio da acionabilidade).

Luigi Ferrajoli refere-se expressamente ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro como exemplo do princípio da acionabilidade:

Este ulterior princípio foi introduzido na Constituição brasileira, cujo art. 129 alargou enormemente as atribuições do Ministério Público, chegando a incluir, além das tradicionais funções acusatórias, a possibilidade de manejar ações para a tutela dos direitos fundamentais e, em particular, dos direitos sociais, bem como dos interesses públicos e dos bens constitucionais violados pelos poderes públicos.²³

²² ALVARO DE OLIVEIRA, MITIDIERO. *Curso de Processo Civil*, p.18/21.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.246-247.

Por sua específica matriz constitucional, o Ministério Público brasileiro é uma *instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos fundamentais*, com a função de controlar os poderes do mercado (privados) e do Estado (públicos), sempre e quando estes ultrapassarem a barreira dos limites (direitos de liberdade, proibição de excesso, margem do *não decidível que*) e vínculos (direitos sociais, proibição de proteção deficiente ou insuficiente, margem do *não decidível que não*). Na doutrina, as margens de discricionariedade para tomada de decisões na democracia formal (o *quem* e o *como*), tanto pela política (discricionariedade de governo e legislativa), quanto pelo mercado (autonomia da vontade), foram bem demarcadas a partir dos limites e vínculos decorrentes das normas substanciais da democracia (o *que coisa*). A democracia formal, a discricionariedade política e a de mercado são, desta forma, restringidas e controladas pelos limites e vínculos decorrentes dos direitos fundamentais: “Se as regras sobre a representação política e sobre a autonomia negocial são formais sobre a produção das decisões daquilo que de fato é juridicamente *decidível*, os direitos fundamentais circunscrevem aquilo que podemos chamar a *esfera do não decidível*: do *não decidível que*, ou seja, das vedações correspondentes aos direitos de liberdade, e do *não decidível que não*, ou seja, dos deveres públicos determinados pelos direitos sociais”.²⁴

Ao Ministério Público cabe a tutela dos direitos para que os poderes políticos e de mercado respeitem os limites e vínculos determinados pelos direitos fundamentais. Esse é o sentido correto a ser dado ao texto do art. 127, *caput*, combinado com o art. 129, II, III, IV e IX, CF/1988, ao definirem os deveres-poderes e as funções promocionais do Ministério Público; este é o sentido que deve ser dado como vetor interpretativo do capítulo do CPC/2015 que trata da atuação do Ministério Público (arts. 175 a 181).

A atuação do MP, como agente e como interveniente, é balizada por estes deveres-poderes previstos na Constituição, sendo que os direitos que lhe são conferidos são exercidos em razão da função institucional nela prevista. A colocação institucional do Ministério Público, vinculado ora ao Poder Executivo, ora ao Poder Judiciário, não mais pode ser aplicada para a compreensão das suas atribuições e funções. O Ministério Público atua como uma *instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos fundamentais, da ordem jurídica e do regime democrático*, quer trate-se de defender direitos de liberdade ou sociais, quer trate-se de defender direitos individuais indisponíveis, direitos individuais disponíveis com relevância social ou direitos coletivos. Justamente por isso, a doutrina defende, em sentido próximo, que o MP é um “órgão autônomo de tutela do interesse público”,²⁵ o que não “significa que seria um quarto poder. Mas tão somente uma instituição independente e autônoma, reconhecida pelo ordenamento constitucional”,²⁶ uma “instituição de acesso à justiça”.²⁷

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*. Teoria del Diritto. Roma/Bari: Laterza, 2007, p.822; COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.75 e ss.

²⁵ LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007, p.94-96.

²⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.41.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista da Corregedoria Nacional do Ministério Público*. Brasília: CNMP, p.49/109, 2016.

Os desafios contemporâneos, contudo, exigem do Ministério Público a atuação voltada a maximizar a tutela dos direitos fundamentais, planejando sua atuação. O Ministério Público entendido como instituição de garantia deve avançar para a tutela não monopolística, mas prioritária, dos direitos coletivos *lato sensu*, quer no âmbito processual civil, quer no âmbito penal, foco principal de sua atuação constitucional. A dimensão dos direitos de solidariedade e dos direitos comunitários é uma prioridade constitucional do Ministério Público por ser relacionada aos seus principais objetivos constitucionais, a proteção do patrimônio público e da probidade administrativa, a segurança pública, o acesso universal à saúde, à educação e à proteção do meio ambiente.

Por outro lado, os problemas relacionados com a tutela destes direitos de grupos não respeitam as fronteiras estatais, sendo imperativa sua expansão transfronteiriça. Portanto, para fazer frente aos ilícitos que atingem – no âmbito civil e penal – os direitos fundamentais de caráter não territorial, intergeracionais, direitos que geram necessidades de tutela não mais apenas nos restritos limites do território nacional e ao tempo da vida humana média, tais como: a) a poluição hídrica e atmosférica, b) as práticas comerciais e concorrenciais abusivas, no âmbito do direito consumidor, que ocorrem para além das fronteiras nacionais em razão da existência de mercados comuns e do comércio pela *internet*, c) a criminalidade internacional, especialmente a ligada à corrupção política, às falências transnacionais, às drogas, entre outros problemas da nossa sociedade contemporânea, o Ministério Público deve se estruturar em torno da tutela dos direitos, não das estruturas formais e territoriais.

O que deve orientar a atuação do Ministério Público é a ideia da tutela dos direitos. Qualquer empecilho processual que não se justifique em direitos fundamentais deve ser removido dogmaticamente, por estar em desvio perante a ideologia processual do CPC. O legislador, justamente por essa razão, estabeleceu normas de cooperação interna (arts. 69 e ss.) e de cooperação internacional no Novo CPC (arts. 26 e ss.), dando papel de destaque ao Ministério Público (ver, entre outros, o art. 33, parágrafo único, CPC).²⁸

2.3. Os “Valores da Lei” e a “Neutralidade Técnica” do Ministério Público nos Estados Democráticos Constitucionais

Um dos grandes problemas do direito contemporâneo é definir qual a extensão da função interpretativa das partes e do juiz no direito. Muito embora não se possam dar certezas quanto aos limites, há uma clareza compartilhada por todos na doutrina: a lei não é avaliativa e a interpretação não é jamais neutra, mesmo que defendamos ser ela tendencialmente cognitiva.

Uma experiência internacional pode nos ajudar a perceber o quanto esta questão é relevante para compreender as diferenças entre o papel do Ministério Público no CPC/1973 e no CPC/2015. A Magistratura Democrática italiana, nascida na década

²⁸ SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, vol. 951, p.227-259, jan. 2015.

de 1970, era uma associação de juizes e membros do Ministério Público que refutava abertamente duas concepções arraigadas na ideologia de classe: a) a avaloratividade da aplicação da lei; b) a rígida neutralidade interpretativa e a consequente separação entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a sociedade. As ideias discutidas neste tópico são amplamente inspiradas em Luigi Ferrajoli e procuram demonstrar como o CPC/2015 pode colaborar para erradicar a ideologia da avaloratividade da aplicação da lei e da neutralidade da interpretação, contribuindo para a reforma na ideologia de classe do Ministério Público Brasileiro.²⁹

Como demonstrou a doutrina, a ideologia de classe da magistratura italiana (é bom lembrar que a magistratura italiana é formada por juizes e membros do Ministério Público) era o reflexo do velho mito da *tecnicidade, avaloratividade, neutralidade e autonomia* do direito.

Os pressupostos contra os quais se opuseram os “Magistrados Democráticos” neste combate “ideológico” podem ser individualizados nos seguintes: a) afastar a adoção da teoria formalista da interpretação, que ignorava o caráter inevitavelmente discricionário das escolhas interpretativas, decorrentes da distinção entre texto e norma, e, portanto, ignorava igualmente o caráter ético e político e a responsabilidade dos juizes e membros do Ministério Público pelas decisões adotadas;³⁰ b) afastar a teoria das fontes ligada ao primado da lei e à equivalência entre existência, vigência e validade, característica do *paleojuspositivismo* legalista, que igualmente ignorava a potencial inconstitucionalidade da lei, com a divergência originada no ordenamento jurídico com o virtual conflito entre a Constituição e o velho sistema legislativo. A lei poderia existir, vigor e não ser válida por ser marcada pela inconstitucionalidade, assim, embora lei vigente, poderia ser lei “ilegítima”, nas palavras de Ferrajoli.

É de se ressaltar que o movimento Magistratura Democrática surgiu para combater o descompasso entre a lei fascista e a Constituição italiana de 1948. A lei fascista precisava ser adequada e superada pela nova Constituição italiana à época. Apenas para citar um grande jurista italiano que lutou por esta causa, vale lembrar que Calamandrei foi um dos grandes defensores da normatividade da Constituição de 1948 em face das leis anteriores, que, embora tenham continuado a existir, não tinham mais validade por serem contrárias à Constituição.³¹

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A filosofia analítica e a cultura jurídica no séc. XX*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2016; FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*; FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰ Ideias com o tempo desenvolvidas pela escola de Gênova, TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980; GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990; GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998; GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004; GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Miguel Carbonell. México: Porrúa, 2010; GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007; PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010; BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Marcial Pons: Madrid, 2011.

³¹ CALAMANDREI, Piero. *La Costituzione e le Leggi per Attuarla [1955/1959]*. Milano: Giuffrè, 2000.

Esses argumentos servem muito bem para criticar a atuação do Ministério Público perante o nosso Código de 1973. O Código de 1973 usava a expressão “fiscal da lei” para traduzir a visão formalista da atuação do Ministério Público.³² No Brasil, especialmente em face das relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo, características do modelo interventivo pró-Estado desenhado no art. 82 do CPC/1973 e da obrigatoriedade da intervenção em alguns processos individuais como curador do Estado ou de interesses privados nos processos individuais – à época considerados de relevância pública (ex.: vínculo conjugal, jurisdição voluntária etc.) –, o Ministério Público atuava obrigatoriamente sempre que a lei determinava a sua intervenção.

A vinculatividade à lei sem o filtro da função constitucional gerava uma desconformidade constitucional que deve ser sanada hermeneuticamente a partir do novo Código. O CPC/2015 atualiza a tradição e impõe uma adequação forte entre a atuação do Ministério Público como instituição de garantia e os direitos fundamentais aos quais está vocacionado a tutelar. O Ministério Público brasileiro necessita aproveitar, portanto, a refundação democrática do CPC para sanar o desequilíbrio que existia no período entre a Constituição de 1988 e a sua edição, quando ainda era possível falar no processo civil do Ministério Público da lei e do Ministério Público da Constituição.

Atualmente, há apenas um Ministério Público. Precisamos de um passo adiante pelos próprios Ministérios Públicos. Os “Magistrados Democráticos” italianos, como informou a doutrina, denunciaram – mais agudamente do que o que ocorria no campo acadêmico – os vícios ideológicos da cultura até então dominante: a) a falsa presunção de coerência e de completude; b) o mito da certeza do direito e da interpretação unívoca da lei; c) a ideia da aplicação da lei como operação técnica e mecânica, meramente subsunção; d) a desconfiança em relação à normatividade da Constituição, entendida apenas como programa “político” ou “ornamento ideológico”, sem força normativa e vinculatividade; e) a solidariedade corporativa e a organização hierárquica da classe judiciária fundada sobre a unidade e a univocidade das orientações jurisprudenciais custodiadas e promovidas pela Corte de Cassação italiana e as máximas de jurisprudência (muito similares às nossas atuais súmulas e aos atuais problemas que enfrentamos com os precedentes de caráter vinculante); f) a (ir)responsabilidade dos juízes e do Ministério Público pelas suas decisões.

Esses problemas ainda são atuais e estão presentes no direito brasileiro. O CPC atua fortemente como um diploma renovador que permite superar alguns destes vícios ideológicos. Os resultados desta revisão da jurisdição, do processo e da

³² Na doutrina, identificando o CPC/1973 com o modelo de interpretação formalista anterior à Kelsen, conferir o claro, preciso e convincente trabalho de Claudio Ari Mello que afirma: “O exame das normas do Código de Processo Civil de 1973 que regulavam a decisão judicial sugere que o estatuto agora revogado filiava-se a uma concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominava a cultura jurídica brasileira à época de sua edição [...] Essa concepção formalista normativista de sistema jurídico e decisão judicial já vivia uma crise profunda à época da edição do CPC de 1973, embora essa crise teórica fosse ignorada na literatura especializada e nas decisões do Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, o desfecho da crise terminou por levar à ruína o modelo formalista adotado pelo código e o colapso desse modelo atingiu tanto a prática jurisdicional quanto, especialmente, a teoria do direito e a dogmática jurídica brasileiras” MELLO, Cláudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.263/282, esp. p.263/265.

atuação do Ministério Público agente e interveniente – como momento independente e imparcial, mas não avalorativo, a começar pela valoração da constitucionalidade das leis – foram essencialmente dois no movimento da “Magistratura Democrática” italiana: a) o direito alternativo; b) a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário em relação aos poderes políticos e de mercado.

Em primeiro lugar, o desenvolvimento de uma jurisprudência que então se denominou “alternativa” ou “uso alternativo do direito”, como contestação da cultura jurídica tradicional, mas que apenas quis afirmar o primado da Constituição, a normatividade da Constituição, por muito tempo esquecida sob a legalidade formalista-interpretativa sobre a qual se baseavam as orientações jurisprudenciais dominantes em matéria de direito do trabalho, de delitos de opinião e sindicais, de liberdade das pessoas, de garantia dos interesses difusos, de tutela da segurança e da saúde nos locais de trabalho e de salvaguarda do meio ambiente.

Apesar de ter permitido um avanço quanto à normatividade da Constituição em diversas matérias, o “direito alternativo”, que pretendia reverter a ideologia política que negava vigência à Constituição italiana, foi indevidamente confundido com o “direito livre” e a liberdade absoluta para o julgador decidir conforme bem entendesse, caindo em descrença pelos seus críticos. Por esta razão, não é esse o caminho que deve ser seguido pelo Ministério Público brasileiro.

Em segundo lugar, o movimento da “Magistratura Democrática” pretendia implantar um costume de independência, o papel do juiz enquanto garantidor da legalidade constitucional em face dos poderes fortes, os “poderes selvagens”, sejam estes poderes públicos ou privados. Essa função de freios e contrapesos, alargada pela Constituição, é herdada pelo Ministério Público brasileiro no exercício da ação, como decorrência de representar o Ministério Público a face ativa das instituições de garantia dos direitos fundamentais (princípio da acionabilidade).

Justamente por isso, a doutrina reconheceu a necessidade de, ao lado dos princípios da legalidade, da completude deontica e da juridicidade, que compõem o Modelo Garantista (MG), acrescer o princípio da acionabilidade, declinando que “ainda há um Ministério Público em Berlim”.³³

2.4. Independência e Especialização: Atividade Tendencialmente Cognitiva (Interpretação Realista, Moderada e Responsável)

A recepção da Constituição no art. 176 c/c o art. 1º do CPC/2015 permite que o Ministério Público Brasileiro passe a atuar no processo civil com mais *independência* e *especialização*, visando às funções constitucionalmente determinadas, como instituição de garantia, para além da postura avalorativa e interpretativamente neutra

³³ A frase conhecida de Arnold, o moleiro de *Sans-Sousci*, um camponês, dirigida a Frederico II, que queria retirar da frente de seu castelo o moinho do camponês, para melhorar a vista, foi citada por G. Radbruch, tornando-se uma famosa expressão de resistência do direito ao poder: “ainda há juizes em Berlim”. Contudo, como salienta a doutrina, contrariamente ao que se imagina na realidade Frederico II ignorou a sentença e impôs pela força sua vontade, apoderando-se do moinho, FERRAJOLI, Luigi. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p.32.

ou formalista – técnicas antiquadas, conceituais e abstratas –, definindo estratégias para atuação concertada em prol dos objetivos da República Brasileira e da tutela dos direitos fundamentais, prestando contas (*accountability*) de sua atuação à sociedade.

A *independência* deverá ser equacionada com a *unidade* na atuação da instituição, solucionando-se positivamente a *tensão independência versus unidade*, constatada pela doutrina.³⁴ Essa *tensão*, que não é a única no direito, basta lembrar-se da tensão entre efetividade e segurança jurídica que permeia o direito processual contemporâneo e todo o CPC/2015,³⁵ ela ocorre entre a liberdade de atuar de cada membro do Ministério Público, garantida pela *independência funcional*, e a necessidade de adoção de políticas públicas estratégicas por parte de todos os membros, de forma coordenada, pretendida através da *unidade da atuação*, ambos os princípios constitucionais.

No fortalecimento da democracia de direitos estabelecida pela Constituição, há, sim, obrigatoriedade de manifestação, por ação ou intervenção, dos membros do Ministério Público na promoção e proteção dos direitos fundamentais. Isso, contudo, não exige o intérprete de sua tarefa de compreender o direito, aplicando a norma através do modelo de *interpretação realista moderada e responsável* que respeite o conteúdo normativo da lei, da Constituição e da tradição jurídica na qual ele está inserido.

A interpretação será *realista* por partir da premissa de que *texto* e *norma* não se confundem. A decisão se um caso é simples ou complexo, portanto, é já uma escolha interpretativa.

A interpretação será *moderada* por saber necessária a revisão de toda a legislação, a literatura jurídica e os demais precedentes aplicáveis ao caso sob análise, ou seja, uma interpretação tendencialmente cognitiva.

Assim, não cabe aos juízes e promotores substituírem a vontade do legislador e do constituinte, sua função é implementar o programa de direitos fundamentais previsto na Constituição. Ativismo judicial e ministerial é o da lei e da Constituição.

A interpretação será *responsável* por ser comprometida em manter a estabilidade, a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, uma vez fixado um precedente pelo órgão constitucionalmente competente, por exemplo, fixado em definitivo pelo STJ ou STF, caberá ao Ministério Público aplicar sua determinação.

Portanto, diante do dilema interpretativo, deverá o Ministério Público tomar uma atitude, ao mesmo tempo, de compromisso institucional com a unidade e de autocontrole em relação à independência.

Portanto, o Ministério Público mantém a independência, mas não a exerce sem fundamentação constitucionalmente adequada, trata de efetivar uma “seletividade razoável e constitucionalmente adequada” em busca da “equiprimordialidade” e da “conjugação equilibrada” entre os princípios da unidade e da independência, sem

³⁴ COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro*. Entre unidade e independência. São Paulo: LTr, 2015.

³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.100.

receita prévia ou *a priori*, de forma a garantir que “as metas fixadas institucionalmente, a princípio, são obrigatórias. No entanto, a forma de concretização não será, necessariamente, uniforme”.³⁶

Nesse sentido, a exemplo do que já ocorre hoje nos juízos de inconstitucionalidade difusos, os atos normativos poderão ser afastados após decisão fundamentada do membro do Ministério Público oficiante que deverá “motivar a *inobservância* desses atos normativos com fulcro no sistema jurídico constitucional, o que alinhará o princípio institucional da unidade ao constitucionalismo [...] o membro do Ministério Público não poderá *fazer tudo* o que desejar sob o pretexto de exercitar sua independência funcional”.³⁷

A Recomendação nº 34 do Conselho Nacional do Ministério Público valorizou, justamente por esta razão, o *poder de agenda* do Ministério Público, ao definir que o planejamento institucional fará parte das matérias consideradas de interesse público para fins de intervenção (arts. 1º, I e 5º, par. único). Mais recentemente, em matéria de proteção do patrimônio público, a Recomendação nº 42 do Conselho Nacional do Ministério Público determina que cabe ao Ministério Público: “estabelecer critérios objetivos e transparentes que permitam a priorização de atuação em casos de maior relevância e com maior potencial de retorno para o erário e para a sociedade, bem como a não atuação justificada em matérias de menor relevância” (art. 7º). Percebe-se, a olhos vistos, uma mudança de direção em prol da efetividade da tutela dos direitos, em consonância com a exigência do CPC/2015, não bastando mais a atuação formal em todos os processos.

Perceba-se que, à luz do paradigma do CPC/1973 o Ministério Público na função de curador da lide atuava em nome do Poder Público, que era confundido com o interesse público, e visava à aplicação estrita da lei, que, por se pressupor clara e inequívoca, não necessitava de interpretação.

Natural, naquele paradigma, a afirmação de que não cabia ao próprio Ministério Público, interpretando a lei e a Constituição, definir prioridades de atuação.

Contudo, o novo paradigma constitucional, o CPC/2015 e a revolução teórica decorrente da compreensão do papel do intérprete e dos limites da interpretação impõem ao Ministério Público este poder e a responsabilidade que lhe é correlata: tornar efetivos os direitos fundamentais, planejando claramente suas prioridades e prestando contas públicas de sua atuação.

2.5. Efetividade e Estímulo à Proatividade Positiva

Nesse quadro normativo, o Ministério Público precisa refletir sobre sua verdadeira vocação, servindo-se das análises críticas da ciência política e da sociologia, ao lado de uma análise dogmática.

³⁶ COURA; BORGES, *Ministério Público brasileiro*. Entre unidade e independência, p.144.

³⁷ COURA; BORGES, *Ministério Público brasileiro*. Entre unidade e independência, p.137.

A doutrina já despertou para a análise sociológica e política do Ministério Público.³⁸ Temas como a participação ativa do Ministério Público no desenvolvimento da legislação; o aproveitamento pelo Ministério Público do momento de redemocratização e das ondas renovatórias do movimento mundial pelo acesso à justiça para consolidar o seu papel de principal defensor dos direitos fundamentais individuais e coletivos no ordenamento brasileiro; a ligação teórica entre promotores de justiça e a defesa dos direitos difusos e coletivos como principal bandeira reformadora do Ministério Público na área cível; o afastamento gradativo do Poder Executivo e a consolidação da independência administrativa; a alegação pelo Ministério Público da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos, ao lado da hipossuficiência organizativa da sociedade para defender esses direitos;³⁹ foram considerados elementos da formação política do Ministério Público brasileiro pós-Constituição de 1988, identificando sua atividade com o “voluntarismo político” por parte da classe, seu envolvimento direto com as questões mais importantes do processo de redemocratização.

Em outro trabalho, foi criticada a “falta de equacionamento definitivo de suas relações com o Poder Executivo e o mundo da política”, quer em razão de sua característica de ser instituição nova, quer pelo fato de, historicamente, o Ministério Público assumir uma “posição secundária na composição das elites jurídicas”.⁴⁰

Gostaríamos de esclarecer que, na nossa visão, o Ministério Público não é uma instituição “voluntarista” ou “ativista”. A vontade desenhada nas suas atribuições e funções é a “vontade de Constituição” – o ativismo é o das leis e da Constituição. Como qualquer intérprete, o Ministério Público deverá ser vinculado pela tradição jurídica, pelos direitos fundamentais e pelas leis, salvo inconstitucionalidade, não podendo emitir “opinião” processual sem fundamento no ordenamento jurídico (interpretação realista moderada e responsável, ver *supra*). São as leis e a Constituição que são ativistas no Brasil, não o Ministério Público e os juízes (REsp nº 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin).

A instituição deve aproveitar a oportunidade para se autoconhecer e avançar mais no seu compromisso com o regime democrático constitucionalmente estabelecido. Traçadas as diretrizes constitucionais, o Ministério Público precisa dar uma virada hermenêutica, um giro de Copérnico, superando o dilema da esfinge. “A questão, na verdade, é institucional. Se o Ministério Público é combativo, talvez esse seu caráter fosse intensificado com a utilização de instrumentos para a criação

³⁸ KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2009; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010, p.329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Prof.ª. Dr.ª. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17-9-2010; GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

³⁹ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

⁴⁰ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010, p.329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Prof.ª. Dr.ª. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17-9-2010, p.292.

de uma política institucional unificada. Se os promotores defendem os interesses da sociedade, talvez o fizessem com maior amplitude se existissem incentivos que premiassem os mais ativos.⁴¹

O certo é que, em uma democracia, precisamos de controles e instituições fortes, de uma prática jurídica institucionalizada e consistente.⁴² Portanto, “a necessidade de instrumentos institucionais que tornem possível a responsabilização dos atores estatais e algum grau de interferência externa não são apenas aspectos normativos da democracia contemporânea, mas elementos definidores da própria democracia”.⁴³

O Ministério Público, como instituição de garantia dos direitos fundamentais e da democracia, mais do que qualquer outra instituição constitucional, deve fazer valer a regra de que a democracia se faz com ação, não nasce pronta, não se encontra na natureza.⁴⁴ O Ministério Público deve defender os direitos fundamentais, estruturando-se adequadamente para tanto. “A Constituição definiu o Ministério Público como instituição essencial à implementação do projeto de democracia substantiva, vinculando-o a esse projeto. Em razão dessa vinculação, os princípios e objetivos fundamentais da República orientam a sua atuação. Importa dizer que o Ministério Público apresenta-se como uma das instituições construtoras da *sociedade livre, justa e solidária*. O objetivo institucional confunde-se, portanto, com o objetivo da República”.⁴⁵

3. As Normas Fundamentais do CPC e a Atuação do Ministério Público na Garantia dos Direitos Fundamentais

As normas fundamentais estão espalhadas por todo o CPC, mas devem ser lidas à luz da Constituição e do bloco de fundamentalidade. Compõem o *bloco de fundamentalidade* as normas processuais fundamentais admitidas ao nosso ordenamento por tratados internacionais, novas leis processuais esparsas e pela formação de precedentes que densifiquem as normas processuais fundamentais já existentes.

Outra observação importante é a espécie normativa atribuída às normas fundamentais. As normas fundamentais poderão ser regras, princípios ou postulados normativo aplicativos (procedimentos para aplicação de normas processuais). A sua interpretação a partir do texto e a função para a qual serão utilizadas definirão qual das três espécies que irá predominar no caso concreto, no momento da aplicação (dissociação heurística). As normas fundamentais, portanto, funcionam em um modelo combinado e que expressa normas fundamentais dos três tipos, regras, princípios e procedimentos.⁴⁶

⁴¹ KERCHÉ, Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil, p.110/111.

⁴² MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁴³ KERCHÉ, *Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil*, p.110-111.

⁴⁴ ZANETI, Hermes. Apresentação. In: ZANETI, Hermes (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p.9-10.

⁴⁵ GOULART. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*, 108.

⁴⁶ Ao lado da versão passiva das espécies de normas (regras e princípios) existe uma versão ativa (postulados normativo aplicativos ou procedimentos) que formam um modelo combinado. Na conhecida classificação de Humberto Ávila, também referida por R. Alexy como regras, princípios e postulados normativo aplicativos/procedimentos. A identificação da norma como uma ou outra espécie decorre de uma dissociação heurística,

A Parte Geral do Código de Processo Civil apresenta a denominação específica e maior concentração por número sequencial de artigos que referem às normas fundamentais. Contudo, assim como no caso dos direitos fundamentais, que sabidamente não se limitam ao art. 5º da Constituição, as normas fundamentais se especificam em diversas passagens do texto do CPC, não se limitando aos doze primeiros artigos.

Por exemplo, há no CPC a norma fundamental da fundamentação das decisões prevista no art. 11 e detalhada no art. 489, §1º, que aparece já na Parte Especial, quando trata do procedimento comum. Também é o caso do autorregramento da vontade mediante negócios processuais (art. 190, CPC) e dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926 e 927, CPC).

A seguir, iremos ilustrar as dezessete normas que consideramos fundamentais para compreender o CPC, alertando para o papel que as Cortes Supremas exercem na densificação destas normas e na garantia da unidade do direito como um todo, a partir do novo texto legal. São os doze primeiros artigos (art. 1º ao 12, CPC), o artigo que trata do autorregramento da vontade no processo, possibilitando negócios processuais atípicos (art. 190, CPC), o artigo sobre a fundamentação adequada (art. 489, §1º, CPC), os artigos que tratam dos precedentes normativos formalmente vinculante (arts. 926 e 927, CPC) e o artigo que trata dos casos repetitivos (art. 928, CPC).

Uma metáfora pode nos ajudar a compreender ainda melhor a função narrativa que as normas fundamentais do CPC exercem, conferindo unidade ao conjunto. Este conjunto de artigos permite compreender a extensão das mudanças do novo ordenamento processual e permite olhar a floresta, para além das árvores que insistem em borrar a nossa visão do conjunto. Ao focar em um instituto novo, o leitor deixa de perceber o conjunto das normas processuais fundamentais e a sua necessária articulação de sentido. Não adianta compreender a justiça multiportas, os negócios processuais e os precedentes vinculantes sem relacioná-los com a finalidade do processo: a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva.

Os ângulos de visão tradicionais apontam para normas, regras, princípios e postulados normativo aplicativos que direcionam nossas condutas no processo, como comandos imediatamente aplicáveis. Contudo, as normas fundamentais possuem também uma função hermenêutica, orientam como os demais dispositivos do Código devem ser compreendidos e quais os comportamentos que se esperam do juiz, das partes e de todos aqueles que de qualquer forma atuem no processo nas múltiplas

resultado da interpretação. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* [2003]. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Nos termos defendidos pela doutrina um modelo combinado de regras, princípios e procedimentos é mais racional e adequado: "Lo que hasta ahora se há descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiera obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado *modelo reglas/ principios / procedimiento*". ALEX Y, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p.173/174.

relações jurídicas que se formam ao longo do arco procedimental. Mesmo dispositivos que não possuíram alteração na sua redação da versão do CPC/1973 para a redação do CPC/2015 devem agora ser interpretados à luz destas normas narrativas. As normas processuais fundamentais têm, portanto, uma eficácia irradiadora.⁴⁷

O CPC/2015 é instituidor de uma comunidade de trabalho em prol de comportamentos objetivamente éticos que favoreçam o julgamento de mérito para garantia da tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, nos termos das promessas constitucionais do legislador constituinte de 1988. As normas fundamentais que comentamos a seguir permitem garantir ao CPC sua unidade narrativa e interpretar o Código para atingir estes objetivos.

Cabe ao Ministério Público, como instituição de garantia dos direitos fundamentais, zelar pelo atingimento da finalidade das normas fundamentais. Assim, todas as vezes que nos referirmos ao juiz e aos comportamentos das partes, deve-se ter presente que o Ministério Público, por suas características de parte vinculada à promoção (dever-poder) da tutela dos direitos fundamentais, deve adotar o máximo esforço institucional para garantir, tanto como parte, quanto como fiscal do ordenamento jurídico, a plena aplicação deste conjunto normativo.

3.1. Constitucionalização do Direito Processual

As normas fundamentais tratam da constitucionalização do direito processual (art. 1º, CPC). A lógica e a racionalidade dos dispositivos que estabelecem os direitos fundamentais na Constituição é a mesma que orienta os comportamentos de boa-fé objetiva, cooperação e contraditório como direito de influência e dever de debates no CPC. Além das observações já realizadas nos itens anteriores, é bom marcar aqui que a *Constituição confere unidade* ao Código e aos microsistemas e demais sistemas processuais que transitam em um espaço comum entre elipses secantes. Poderíamos falar, portanto, de um modelo processual constitucional que orienta a interpretação e aplicação de todas as demais regras e princípios processuais, nos mesmos termos do que ocorre em relação aos direitos fundamentais materiais, desenhados a partir da Constituição, mas completados pelas normas fundamentais previstas na legislação processual infraconstitucional, que passam a fazer parte do bloco de constitucionalidade. Neste sentido, podemos falar que as normas fundamentais processuais formam um *bloco de fundamentalidade* em conjunto com as normas constitucionais.

⁴⁷ A eficácia irradiadora pode ser compreendida a partir da passagem dos direitos fundamentais de uma relação vertical, apenas vinculando as relações entre os titulares dos direitos e o Estado, para uma relação horizontal, com a vinculação também dos particulares entre si (Drittwirkung), CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1287/1290. Os direitos fundamentais possuem ainda uma dimensão objetiva e subjetiva, negativa e positiva. A teoria das normas fundamentais processuais tem muito a ganhar com as comparações com a teoria dos direitos fundamentais. Para a compreensão da eficácia imediata, da eficácia nas relações privadas, dos aspectos subjetivos, objetivos e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais no Brasil cf. SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, esp. p.344/354.

A evolução da relação entre direito processual e Constituição ocorreu ao longo dos últimos dois séculos. Trata-se do completamento de uma passagem de três estágios, bem marcados pela doutrina: um *primeiro estágio*, no qual o processo civil era visto a partir apenas das *regras infraconstitucionais*; um *segundo estágio*, no qual se concretiza a *constitucionalização de garantias processuais (primeira constitucionalização do processo civil)*; um *terceiro e derradeiro estágio*, no qual o processo civil somente pode ser *compreendido a partir dos direitos fundamentais*. Neste estágio final, a teoria dos direitos fundamentais assume o papel preponderante nos ordenamentos constitucionais positivados e constitucionaliza os ramos do direito infraconstitucional (*segunda constitucionalização do processo civil*).⁴⁸

Assim, nenhuma interpretação da norma processual será válida, se não observar os parâmetros interpretativos constitucionalmente estabelecidos, bem como se não observar a sua tradução nas normas fundamentais processuais estabelecidas no CPC/2015.

Esta conclusão implica o reconhecimento do princípio ou máxima da supremacia da Constituição. Portanto, para além da interpretação conforme, prevista expressamente no art. 1º, CPC, também as submáximas da força normativa da Constituição e da máxima eficácia e efetividade da Constituição devem orientar a interpretação dos textos dos dispositivos normativos do CPC.⁴⁹

3.2. Justiça Multiportas

O acesso à justiça, no CPC, será garantido pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também através da *justiça multiportas* (art. 3º, §§ 1º ao 3º, CPC), ou seja, através de *todos os meios adequados à tutela dos direitos*.

A arbitragem como meio heterocompositivo à conciliação, à mediação e à negociação direta, entre outros meios autocompositivos, são institutos e instrumentos fortemente estimulados pelo CPC a ponto de consistirem em um verdadeiro dever de estímulo à autocomposição por parte dos advogados, defensores públicos, magistrados e membros do Ministério Público (art. 3º, §3º, CPC).⁵⁰ Não há dever de autocomposição, o que seria contrário aos princípios básicos da matéria (art. 166, *caput*, CPC), em especial à autonomia da vontade, o que existe é um dever de *estímulo*, de comportamento favorável às soluções consensuais.

⁴⁸ Defendendo a constitucionalização integral do processo a partir dos direitos fundamentais *cf.* ZANETI JR. *A Constitucionalização do Processo, passim*; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.43; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2012, p.17/18; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p.46; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69*. Vol. I. São Paulo: RT, 2016, p.98.

⁴⁹ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.222; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69*. Vol. I. São Paulo: RT, 2016, p.102.

⁵⁰ Para um maior detalhamento do ordenamento jurídico atual, com referência aos demais textos normativos, tais como a Lei de Arbitragem, a Lei de Mediação, as Resoluções do CNJ e do CNMP e o panorama comparado *cf.* os trabalhos publicados na coletânea: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

A grande novidade, portanto, reside no fortalecimento das políticas públicas de estímulo à autocomposição – um dos pilares na *nova justiça civil*, ao lado dos precedentes judiciais. O acesso à justiça apenas pelo Poder Judiciário resultou em um país com 100 milhões de ações, conforme os dados da Justiça em Números do CNJ, e mostra claramente que as opções de acesso à justiça devem ser ampliadas para garantir, de forma adequada, a tutela efetiva, mesmo que para além e fora do Poder Judiciário.⁵¹

Existe uma série de vantagens na autocomposição. Importa aqui salientar as mais importantes: menor tempo de resolução do litígio, custos menores para o Estado, maior probabilidade de uma satisfação imediata sem a necessidade de desdobramentos em atos executivos ou cumprimento de sentença e ausência de regra, de impugnações mediante recursos.

A autocomposição não se confunde com a transação civil, prevista no art. 841 do CC. A autocomposição poderá abarcar direitos indisponíveis.⁵² A autocomposição não exige, portanto, concessões.⁵³ O guia para saber se há correção procedimental e material na autocomposição é verificar se o procedimento atinge à tutela adequada dos direitos.⁵⁴ Por esta razão, a doutrina não fala mais em meios alternativos de resolução de litígios, mas em meios adequados de solução de litígios.

Os sinais desta mudança de paradigma estão espalhados por todo o CPC. Em especial, destacam-se a possibilidade de autocomposição a qualquer tempo como dever dos magistrados e do tribunal (art. 139, VI, CPC), a audiência de conciliação e mediação obrigatória (art. 334, §4º, CPC), a possibilidade de conciliar a qualquer tempo, mesmo com a alteração objetiva ou subjetiva da demanda; sem limitações, portanto, quanto aos sujeitos processuais ou quanto ao pedido e a causa de pedir, como expressamente disciplinado na fase de cumprimento da sentença (art. 515, §2º).

⁵¹ ALMEIDA. *As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça*, p.53 e ss. Destaca-se a afirmação do autor de que o “acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito”, incluindo as instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, e os institutos como a arbitragem e a negociação, é muito mais amplo do que o acesso à justiça através do Poder Judiciário. Cita, como exemplo, a previsão constitucional das soluções não jurisdicionais (não adjudicatórias) a *solução pacífica das controvérsias*, prevista no preâmbulo da CF/88 e parte do bloco de constitucionalidade, e no âmbito das relações internacionais, a solução pacífica dos conflitos, prevista no art. 4º, VII, CF/88. Marca, assim, a distinção entre acesso à justiça pela via adjudicatória e acesso à justiça pela via da solução pacífica (consensual).

⁵² Sobre o tema, apenas exemplificativamente, cf. VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.405/430 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

⁵³ Há uma grande difusão de nova doutrina sobre o tema, em particular o Projeto de Negociação de Harvard tem impactado a forma como vemos, pensamos e atuamos em negociações de autocomposição. Um bom guia introdutório para os principais pontos desta virada pode ser encontrado em FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*. A Negociação de Acordos sem Concessões. 2ª ed. Trad. Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio Janeiro: Imago, 2005. Aplicando estes princípios ao Ministério Público brasileiro cf. ARLE, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

⁵⁴ SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.769/787, esp. p.773/774 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

A disciplina mais extensa quanto ao tema no CPC trata da regulação da atividade dos conciliadores e mediadores (art. 165 a 175, CPC). Define-se a atividade de mediação como aquela que as partes têm uma relação anterior, na qual o mediador apenas favorece o reestabelecimento do diálogo, para que as partes, por si próprias, identificando seus interesses, encontrem a solução adequada. A conciliação, por sua vez, caracteriza-se por ser atividade de cunho mais proativo, com a sugestão de soluções por parte do conciliador, quando as partes, de regra, não têm relação anterior.

Contudo, em litígios concretos, poderá ocorrer intercambialidade das técnicas (art. 166, §3º, CPC), utilizando-se ora da mediação, ora da conciliação. Existem, ainda, muitas outras técnicas, como a negociação direta, na qual as partes debatem sem a intervenção de um terceiro, a exemplo dos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público.⁵⁵

Cresce, atualmente, a possibilidade de *design* de sistemas e processos para gerenciamento de disputas (DSD).⁵⁶ Exemplos nacionais bem sucedidos desta atividade, que incluem não somente a conciliação e a mediação, mas também a construção de procedimentos para sua efetivação, podem ser encontrados nos casos dos acidentes da TAM (Câmara de Indenização 3054) e da AIR FRANCE (Programa de Indenização 447).⁵⁷ O CPC reconhece a livre autonomia dos interessados para definição das regras procedimentais (art. 166, §4º, CPC), cabendo ao Ministério Público, nos processos em que atua, assegurar que os procedimentos desenhados para a solução da controvérsia mediante autocomposição preservem o interesse público, os bens jurídicos tutelados e os direitos e garantias das partes a quem está vocacionado para tutelar.

A autocomposição é guiada por princípios comuns, tais como a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada. Nos processos que envolvem o Ministério Público, a

⁵⁵ Sobre a negociação direta e o Ministério Público, já prevista expressamente na Resolução CNMP nº 118/2014, cf. BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.225/236; SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.237/252; MORAES, Paulo Valério dal Pai. Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – negociação, mediação e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.253/274; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.709/726. Especificamente sobre mediação, cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁵⁶ SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

⁵⁷ FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 23, jul/set, 2009; ARAUJO, Nádia; FÜRST, Olívia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/104, p.337/349, jan./fev., 2014.

confidencialidade deve ceder à publicidade, em razão da presença de interesse público, salvo nas hipóteses de decretação de sigilo. Este afastamento da confidencialidade permite também que o juiz conduza o processo conciliatório, sem ofensa ao princípio.⁵⁸

Importante alteração no CPC é a possibilidade de procedimento autônomo de produção antecipada de provas com a finalidade de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II, CPC). Este procedimento não existia na codificação anterior e permite que a autocomposição preserve o princípio fundamental da decisão informada. A prova será produzida, em contraditório prévio ou diferido, nos casos em que se justifique sua realização *inaudita altera parte*, tendo validade plena para processo futuro entre as mesmas partes, pelo que, esclarecidos os fatos, facilitará em muito a autocomposição.

Cabe, contudo, uma importante anotação crítica em relação aos meios alternativos de solução de litígios (*ADR – Alternative Dispute Resolution*). Há um certo ufanismo ou idealismo por trás desta solução que deve ser desmentido. A solução consensual nem sempre é possível e nem sempre é a melhor. Quando os direitos envolvidos forem indisponíveis (muito embora seja cabível a solução consensual, quanto ao tempo, à forma e ao modo de implementação), a atenção deve ser redobrada. Em alguns casos, não é possível falar em qualquer acordo, por exemplo, antes da produção da prova. Nestes casos, a negociação pré-processual acaba sendo um artifício das partes para alongar ainda mais os prazos processuais. O Estado quer favorecer os meios alternativos também por serem eles mais baratos. O certo é que o processo judicial, muito embora custoso e lento, ainda é o meio mais garantista para a solução dos litígios.⁵⁹ Isto implica reconhecer que, muito embora exista o dever geral de estímulo à solução consensual, justificadamente, poderão as partes requerer o prosseguimento do processo judicial, quando entenderem impossível a conciliação. O acordo, é bom frisar, deve ser adequado à tutela do direito nos processos coletivos à tutela integral. Por isso, a questão gira em torno de compreender adequadamente o conflito para negociar acordos sem concessões.

3.3. Processo Justo

Pode-se dizer que a finalidade do CPC/2015 visa a assegurar o direito ao processo justo, com a obtenção e uma decisão justa⁶⁰, não na concepção filosófica de justiça, mas entendendo como decisão justa (art. 6º, CPC) aquela capaz de tutelar os direitos de forma adequada ao direito material e às partes aos quais irá versar, tempestiva, que venha num tempo razoável, e efetiva, que deve ser realizada no

⁵⁸ Para maior aprofundamento desta questão nos processos coletivos cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4, capítulo sobre justiça multiportas.

⁵⁹ FISS, Owen. "Contra o Acordo". In: OWEN FISS. *Um Novo Processo Civil*. Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p.121/145 – p.121; NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p.23/24.

⁶⁰ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p.736/744.

mundo real⁶¹, bem como, será considerada justa a decisão que observe a unidade do direito (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, CPC, precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes)⁶².

O CPC trata do processo justo (art. 2º e 8º, CPC), disciplinando o princípio da demanda, os poderes de impulso oficial, os casos e que a legislação autoriza a relativização de um e outro para atingir a finalidade do processo, a exemplo do autorregramento da vontade e dos poderes instrutórios e de gerenciamento do processo pelo juiz, entre outros. As normas fundamentais analisadas neste tópico são, em certa medida, um desdobramento do processo justo.

3.4. Primazia do Julgamento de Mérito

O princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC) é ligado ao vetor da efetividade no processo. Podemos dizer que o vetor da efetividade resulta do fundamento do direito de ação – ação esta que teve o foco deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício.⁶³ Isso porque a declaração de direitos não é suficiente, mas, sim, sua realização no mundo real,⁶⁴ com a “entrega do bem da vida” perquirido.

Nesse sentido, destaca-se no Código, como decorrência do vetor da efetividade, o princípio da primazia do julgamento de mérito.

A primazia do julgamento de mérito é uma contribuição do direito processual coletivo ao direito processual individual, pois foi o processo coletivo, em razão do interesse público primário que lhe anima, o primeiro a consagrar a primazia do julgamento de mérito.⁶⁵

O julgador deve priorizar a decisão de mérito, realizando todas as medidas necessárias para que ela ocorra. Isto afeta a demanda principal, conforme a petição inicial, os recursos e as demandas incidentais, sendo dever de o julgador trabalhar para sua integral solução de mérito, uma vez que as soluções processuais, como o

⁶¹ ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do Processo de Execução* – arts. 824 a 925. São Paulo: RT, 2016, vol. 13, no prelo.

⁶² SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p.736/744; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à Interpretação da Jurisprudência ao Procedente*. São Paulo: RT, 2015, *passim*.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* 94.

⁶⁴ “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza com direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência”. JHERING, Rudolf Von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n° XXXVIII, p.32, t. III, n° 43, p.17, da edição espanhola de 1910, Trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: ed. Saraiva, 2003, p.244.

⁶⁵ Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* existente no microsistema da tutela coletiva demonstra que se pretendeu a garantia do julgamento pela procedência ou improcedência fosse efetivamente de mérito, e não uma decisão que se limite a aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Concepção original do princípio deve ser reconhecida a ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.571/572, posteriormente acompanhado por DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4. p.103/106.

juízo sem exame do mérito, acarretam um dispêndio enorme de tempo e esforço dos órgãos jurisdicionais, com gasto de recursos financeiros do Estado, sem que se obtenha a prestação jurisdicional almejada pelos requerentes e se ponha um fim definitivo à questão em julgamento. O Ministério Público deve igualmente zelar pelo julgamento de mérito. Como veremos adiante, esta norma fundamental implica revisitar todas as teorias e concepções que construíram o direito processual civil como um fim em si mesmo, a exemplo das teorias das condições da ação, dos pressupostos processuais e de admissibilidade recursal e das nulidades.

As chamadas “sentenças processuais”, que resultam na extinção do processo sem a análise do mérito da causa, muitas vezes quando seria possível superar a irregularidade e julgar o seu mérito, são essencialmente injustas e contraditórias com o fim do processo no Estado Democrático Constitucional, que é a tutela dos direitos, pois apenas protelam a análise do problema, sem satisfazer aos interesses das partes de forma definitiva, muitas vezes atendendo a uma lógica perversa de jurisprudência defensiva por parte dos tribunais.⁶⁶

Sentenças extintivas do processo sem julgamento de mérito, quando se poderia analisar o mérito mediante a adoção de diligências corretivas pelo julgador e pelas partes, são o fruto de um superado formalismo excessivo que atribuía o contraditório apenas às partes e reconhecia ao juiz uma função assimétrica dentro do processo judicial, ora como convidado de pedra, ora como algoz estatal. O juiz, sem determinar a correção ou permitir às partes sanar o vício, acabava sancionando com a extinção de qualquer “erro” das partes no processo.

Percebe-se aqui uma clara contraposição entre o processo como coisa das partes e o processo como interesse público, fim em si mesmo, independentemente do interesse das partes, ambas as visões superadas do fenômeno processual por serem insuficientes para garantir a sua finalidade: a tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva. O Estado Democrático Constitucional, ao não se mostrar nem liberal, nem estatal, combina as versões para permitir a intervenção mais ativa do juiz, desde que, em diálogo com as partes que limite o exercício arbitrário do poder estatal, conformando a atividade de todos que atuam no processo em uma comunidade de trabalho para atingir a finalidade do processo. O processo não é fim em si mesmo nem instrumento de afirmação dos direitos da parte mais forte.

O paradigma do formalismo-valorativo, ao submeter o juiz ao contraditório, compreendido como direito de influência e dever de debates, impõe ao órgão de decisão o dever de julgamento de mérito sempre que este for possível.⁶⁷ Esta postura ativa do juiz, decorrente da determinação legal (arts. 4º, 10, 354, §3º, 370, 373, §1º, 400, par. ún., 488, 932, par. ún., entre outros do CPC), seria incompatível com o dogma da

⁶⁶ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.229/234.

⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, vol. 137, p.1-31, jul. 2006.

neutralidade judicial e da vedação da antecipação do entendimento do juiz como elementos de sua imparcialidade. No Estado Democrático Constitucional, o juiz não é neutro porque trabalha pelo julgamento de mérito, determinando condutas às partes que possam viabilizar esta decisão.

Exemplos deste princípio estão espalhados por todo o Código: a) nas normas fundamentais, a exemplo da menção de que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º); b) no regramento das nulidades, pois, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, ultrapassando a nulidade em favor do mérito (art. 282, §2º, CPC), bem como não será decretada a nulidade de nenhum ato processual se o vício apontado não causar prejuízo, dependendo a nulidade da efetiva demonstração do prejuízo “aos fins de justiça do processo” e “ao direito fundamental ao processo justo” (art. 282, §1º, CPC, *pas de nullité sans grief*);⁶⁸ c) nas normas sobre requisitos de admissibilidade e pressupostos processuais, incluídos aqui, para alguns que ainda sustentam a categoria, as chamadas condições da ação, tanto como norma geral, que determina que desde que possível o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento sem resolução do mérito (art. 488, CPC, com referência ao art. 485, CPC), quanto como norma específica em relação aos tribunais, pois, antes de considerar inadmissível o recurso, o relator deverá conceder prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, par. ún.,⁶⁹ ver ainda, os arts. 1.017, §3º, 1.029, §3º, CPC).

O Ministério Público tem neste princípio a consolidação de seu poder de agenda.⁷⁰ Como já é defendido por boa parte da doutrina nacional, a iniciativa da identificação do interesse público no processo é da própria instituição, matéria cada vez melhor regulada pelo CNMP, a exemplo da Recomendação nº 34 e da Recomendação nº 42. Ora, o CPC reconhece este poder de agenda, ao determinar que, mesmo nos casos de intervenção obrigatória do Ministério Público, caso este não intervenha, não haverá nulidade absoluta de plano, como já fora defendido em tempos passados. A nulidade depende da efetiva comprovação de prejuízo e o membro do Ministério Público poderá se manifestar pela sua não ocorrência. Isto porque determina o CPC que a nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo (art. 279, §2º, CPC).

Como se percebe, claramente, não se trata de uma mera declaração de vontades, mas de princípio com extremada força normativa, que preenche a lógica própria do ordenamento processual, visando à tutela dos direitos, e não o processo como fim em si mesmo.

⁶⁸ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p.294; BENEZUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 70 ao 187. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p.394.

⁶⁹ Nos tribunais, a não observância deste artigo desafia o agravo interno, nos termos do art. 1.021, CPC.

⁷⁰ Como exemplifica BERALDO, Maria Carolina. *O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105/2015). Principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial. <http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA953794A4101537BA200B059B5>, p.42, acesso em 20.11.2016.

Há, neste caso, uma verdadeira mudança paradigmática no processo civil brasileiro a ensejar uma revisão integral da função dos tribunais e juízes, assumindo a resolução do mérito e a ideia de que efetivo é o processo que atinge o julgamento final, um princípio vetor dos julgamentos no Brasil. Este princípio está intimamente ligado aos princípios do contraditório, da cooperação e da boa-fé processual, servindo de limite e controle para uma visão do processo que pretenda a celeridade a qualquer custo.

3.5. Boa-fé, Lealdade Processual e Vedação do Abuso de Direito Processual

O processo não é um espaço livre de moralidade (*moral free* ou *moralinfrei*) como queria a doutrina processual do séc. XIX e XX e o CPC/1973. A moral, contudo, não é subjetiva, mas apurada através das escolhas normativas, especialmente, no Estado Democrático Constitucional, as escolhas normativas da Constituição, ao estabelecer os direitos fundamentais.⁷¹ As opções políticas e culturais do ordenamento jurídico, portanto, interferem no processo. “O Direito Processual Civil não é política ou culturalmente neutro”.⁷²

A própria ideia de boa-fé foi constitucionalizada no ordenamento jurídico processual brasileiro ao se exigir de todos o respeito ao devido processo legal e do Estado o dever de fomentar a confiança legítima do jurisdicionado (art. 5º, LV c/c art. 37, *caput*, CF/88). No Estado Democrático Constitucional, há clara opção pela positivação da cláusula geral de boa-fé (*bona fides, buona fede, Treu und Gluabe, good faith, loyauté*) que resulta em duas perspectivas distintas: a) o modelo de processo civil cooperativo desenhado para garantia de um ambiente confiável e seguro no qual o contraditório e a igualdade processual alcançam pleno desenvolvimento; b) conformar o comportamento das partes para garantia da aderência à realidade e da confiança no tráfego processual, inclusive mediante sanções para os comportamentos contrários à boa-fé, à lealdade objetiva e em abuso de direitos processuais.⁷³

O art. 5º do CPC/2015 não tem correspondência no CPC/1973. O art. 14, II, CPC/1973 revelava uma extensão muito menor, vinculado à boa-fé subjetiva. Na doutrina, já havia vozes pugnando pela ampliação do princípio para abarcar os novos conteúdos da boa-fé objetiva,⁷⁴ compreendida como norma de conduta. A norma é inspirada, como informa a doutrina, no art. 52 do Código de Processo Civil Suíço de 2009.⁷⁵ O art. 266-A do CPC português também previa a boa-fé, mas apenas para as

⁷¹ Para aprofundar o debate entre direito e moral cf. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, p.116 e ss.; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoria della Democrazia, p.309.

⁷² KOCHEN, Ronaldo. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationmaxime)*, p.311, a partir das lições de Karl August Betterman e Rudolf Wasserman.

⁷³ MARINONI, MITIDIERO. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 1º ao 69., p.142.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil*. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p.73.

⁷⁵ DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p.104.

partes.⁷⁶ No Brasil, a norma é ampliada, na medida em que vincula, além das partes, também o juiz “e aquele que de qualquer forma participa do processo”.

“Não existe *princípio da boa-fé subjetiva* [...] A *boa-fé subjetiva* é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto”⁷⁷. Ao contrário do CPC/1973, o art. 5º estabelece o princípio da *boa-fé objetiva* no direito brasileiro como norma, independentemente da vontade da parte, das boas ou más intenções, de dolo ou culpa. Neste sentido, a norma implicará deveres das partes para com o processo e do juiz para com as partes, como já defendia a doutrina nacional e internacional sobre a matéria⁷⁸. Trata-se de uma cláusula geral processual, uma norma carente de densificação quanto ao seu conteúdo. A grande utilidade da cláusula geral nesta matéria já era defendida pela doutrina⁷⁹. A cláusula geral do art. 5º revela uma radical mudança de comportamento em relação ao processo tradicional, compreendido como coisa das partes (que deveriam adotar posturas livres e antagônicas) e a postura do juiz (detentor do poder estatal).

As partes têm deveres de lealdade objetiva na construção da decisão justa, pautados que estão por comportamentos objetivamente aferidos como norma de conduta (arts. 77 e 78, CPC). O juiz tem deveres em relação às partes, devendo agir de maneira leal e com proteção à confiança legítima dos jurisdicionados, nos mesmos moldes da confiança legítima que se impõe ao administrador público no trato com o cidadão.⁸⁰ O Ministério Público está vinculado à *boa-fé objetiva* tanto como parte, quanto como fiscal do ordenamento jurídico. Também os órgãos públicos estão submetidos ao princípio.⁸¹

Isto significa que o processo, visto na perspectiva pública e democrática, serve aos interesses das partes, mas também aos interesses da comunidade. Queremos dizer, o Estado,

⁷⁶ Há no caso uma difusão mundial, como se constata da expansão do §242 do BGB (Código Civil Alemão) e sua utilização também no processo civil. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.375. Para outras referências cf. MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no Processo Civil*, 3ª ed., 91-93.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. “General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness”. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p.106.

⁷⁹ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p.169; CABRAL, Antônio do Passo. “O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, nº 126, p.69; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.81.

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.1234/1257; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.83; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil*. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p.72.

⁸¹ Na doutrina, relacionando os autores que restringem o princípio da *boa-fé* às partes, cf. DIDIER JR., Fredie. Art. 5º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.16. O tema é relevante, em um Estado Democrático Constitucional não parece correto excluir os deveres objetivos dos órgãos do Estado, reconhecendo comportamentos objetivos também para o juiz. O Ministério Público em suas amplas atribuições atua como parte e como órgão de decisão, a exemplo da decisão entre arquivar, ajuizar ação ou formular termo de ajustamento de conduta, é de se esperar, portanto, sua conformação em todas as posições em conformidade com a *boa-fé*.

muito embora dirija o processo através do juiz, tem deveres com relação aos litigantes e com o processo, na obtenção da decisão justa e adequada de acordo com a boa-fé. O princípio da boa-fé processual deve ser deduzido a partir do princípio do devido processo legal, como indica a jurisprudência do STF (RE 464.963-2/GO, AI 529.733-1/RS).⁸² O dever de cooperação decorre do princípio da boa-fé.⁸³ Há nesta matéria uma correlação entre o direito civil e o direito processual, sendo que o que vale para o direito civil, bem como a doutrina civilista da boa-fé, deve ser transportado e adaptado para o direito processual. Neste sentido, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé revela “uma transformação generalizada do ordenamento jurídico”,⁸⁴ atingindo não somente o direito processual, mas o direito administrativo, trabalhista, do consumidor etc.

O princípio da boa-fé processual desdobra-se em dois subprincípios principais, segundo a doutrina⁸⁵: a) *proteção da confiança*, que tutela a parte que foi levada a acreditar em um determinado estado de coisas, inclusive em relação ao comportamento do juiz e do Ministério Público; b) *prevalência da materialidade subjacente no caso concreto e da unidade do ordenamento jurídico*. Prevalência da materialidade subjacente e da unidade do ordenamento quer significar que uma análise dos objetivos ou princípios por detrás das normas jurídicas, que lhes determinam a direção e a finalidade, e as circunstâncias do caso concreto, que lhes dão os contornos de aplicação, deve ser realizada de forma a evitar uma leitura dos textos normativos desconectada com o ordenamento geral e com o caso concreto que possa resultar em aplicação rígida e formalista do direito processual (interpretação formalista perniciosa, já combatida pelo formalismo-valorativo) que venha atingir finalidade oposta a tutela dos direitos.

Essas considerações nos permitem lembrar das regras de argumentação propostas pela doutrina para o direito como espécie de discurso prático, discurso prático do caso especial, segundo as quais se deve argumentar com “pretensão de correção” e que todo o falante deve argumentar segundo a “verdade”.⁸⁶ A norma processual que contém estas premissas da argumentação jurídica pode ser extraída no processo civil da combinação entre os arts. 5º, 6º e 77 do CPC/2015.

O princípio da boa-fé é expresso no art. 5º como uma cláusula geral, carente de densificação. A construção elaborada pelos tribunais a partir do texto normativo permitirá a densificação de novas hipóteses de incidência. A doutrina, contudo, já identificou alguns casos de incidência da boa-fé, a saber: “a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má fé; b) a proibição de

⁸² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.88/89.

⁸³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.103.

⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.383/392; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.102.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.1234/1257; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.83.

⁸⁶ ZANETI JR., Hermes, *A Constitucionalização do Processo*, Cap. 2.

venire contra factum proprium [vedação do comportamento contraditório]; c) a proibição de abuso de poderes processuais [ex., abuso do direito de defesa, art. 311 – tutela da evidência – e abuso do direito de recorrer]; d) *Verwirkung* (*supsessio*, de acordo com a sugestão consagrada de Menezes Cordeiro): perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido⁸⁷.

Alguns exemplos de aplicação destas regras foram aventados pela doutrina em relação à disciplina do novo CPC:

a) a proibição de criar dolosamente posições processuais pode ser aferida no CPC/2015 no requerimento doloso da citação por edital (art. 258), na atuação dolosa do julgador (art. 143, I) e na disciplina dos casos de responsabilidade das partes por dano processual e litigância de má-fé (art. 79 a 81). Cabe salientar que, além dos que podem ser verificados subjetivamente (má-fé subjetiva), existem casos de litigância de má-fé objetiva, independentemente do comportamento da parte, como já defendera José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸ em relação aos incisos V, VI, VII e VIII do art. 14, CPC/1973, agora transcritos no art. 80 do CPC/2015;

b) a proibição de *venire contra factum proprium* pode ser imputada à parte que recorrer de uma decisão a que já tenha manifestado aceitação tácita ou expressa (i.e. preclusão lógica, art. 1.000, CPC) ou requerer a invalidação, nulidade, de ato defeituoso a que dera causa (art. 276, CPC);

c) a proibição do abuso de direitos processuais, como o abuso do direito de defesa, a permitir a tutela da evidência (art. 311, I), o abuso do direito processual na escolha do meio executivo (art. 805), o abuso do direito de recorrer, gerando hipótese de litigância de má-fé objetiva (art. 80, VII),⁸⁹

d) a perda de poderes processuais pelo seu não exercício (*Verwirkung* ou *supsessio*), que segundo a doutrina pode ocorrer pela demora excessiva na arguição de nulidade e para o exercício do juiz do poder de controlar a admissibilidade processual, ultrapassado determinado período de tempo, aumenta o compromisso do julgador na análise de mérito, incidindo ainda mais forte o princípio da primazia do julgamento de mérito e os deveres de cooperação do juiz para com as partes para sanar os eventuais vícios e nulidades,⁹⁰ um exemplo de dispositivo processual que pode ser interpretado neste sentido é a previsão de que as partes após o saneamento solicitem esclarecimentos ou ajustes no prazo de cinco dias sob pena de a decisão se tornar estável (art. 357, §1º, CPC);

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.84.

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.26.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. Relatório Geral. Abuso de Direitos Processuais. Padrões Comparativos de Lealdade Processual. In: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.385/410.

⁹⁰ DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p.110/113.

e) a imposição do dever de cooperação (art. 6º, CPC);

f) a imposição do princípio de boa-fé aos negócios jurídicos processuais como condição de validade (art. 190, CPC c/c art. 422, CC);

g) O dever de interpretação do pedido (postulações) e das decisões judiciais de acordo com a boa-fé (art. 322, §2º; 489, §3º, CPC)⁹¹.

Quanto a este último caso, cabe esclarecer que uma das funções da boa-fé é hermenêutica. Para o CPC, a interpretação do pedido (art. 322, §2º) e das decisões (art. 489, §3º) deve ser realizada conforme o *conjunto da postulação e da decisão* e de acordo com a boa-fé. Esta previsão pretende fazer com que interpretações excessivamente restritivas, literais, cedam espaço ao que efetivamente se pretendia com o pedido ou com a decisão, que deve ser lida de forma objetiva, mas não descontextualizada do processo e do conjunto dos elementos da petição e da decisão que está sendo interpretada.⁹² Este tema tem utilidade prática na compreensão dos pedidos e da causa de pedir em matérias como a tutela do meio ambiente, tutela da saúde e outras. Assim, surgindo informações de que determinada técnica de proteção ambiental ou medicamento solicitada na inicial não é mais adequada, ainda no curso do processo, mesmo após a estabilização objetiva da demanda e até mesmo na fase de execução (cumprimento), a interpretação do pedido e da decisão deve se curvar à realidade, respeitado o princípio do contraditório e a regra da vedação da decisão surpresa (arts. 7º, 9º e 10, CPC). O juiz poderá, a pedido do Ministério Público, determinar a aplicação de técnica ambiental distinta e o fornecimento de medicamento ou tratamento médico diverso.

3.6. Cooperação

A cooperação tem sido mal compreendida pela doutrina e pela prática, cabe uma breve síntese para assentarmos as premissas sobre as quais iremos definir uma atuação cooperativa no processo.

A cooperação no processo é o compromisso de agir conforme a racionalidade objetiva do processo. O processo serve para o julgamento e a facilitação do diálogo, visando à composição e à solução do conflito. A cooperação apresenta, portanto, uma face negativa e uma face positiva. A face negativa significa não agir de forma dolosa ou culposa, no interesse subjetivo exclusivo de causar dano ou mediante agir estratégico, fora das regras do jogo, ou agir contrariamente à boa-fé objetiva. A face positiva significa agir para atingir a finalidade do processo, interesse que, em um ambiente civilizado e controlado pelo direito, é *compartilhado entre autor e réu* e é, ademais, *um dever funcional* de todos os atores estatais que participem do processo, *juiz, auxiliares do juízo e Ministério Público*.

⁹¹ DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, p.112/113.

⁹² DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, p.114.

O Processo cooperativo se estrutura em quatro pilares: a) boa-fé objetiva; b) contraditório reforçado; c) primazia da decisão de mérito; d) possibilidade de negociação processual e autocomposição a qualquer tempo.⁹³

É incorreto imaginar que o princípio da cooperação represente uma colaboração irrestrita entre as partes e almeje uma realidade não litigiosa ao processo. A cooperação não é para as partes ou para o juiz; ao contrário, é formada por deveres objetivos de todos para com o processo, ao longo de todo o arco processual: “o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções”.⁹⁴

A regra do jogo é a civilização do litígio, não a barbárie ou a guerra processual. O processo não serve unicamente aos interesses das partes ou aos do Estado-juiz, sua finalidade é a tutela dos direitos.

Assiste razão a doutrina comparada quando afirma que seria “equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica entre as partes ou à imagem do juiz como terapeuta social. [...] Para as partes, o princípio da cooperação não significa que elas devam resolver seu processo [...] em íntimo companheirismo [...] essa seria uma utopia alienígena [...] a exigência de cooperação significa [...] que as partes – cada uma por si – discutam a adequada condução do processo pelo juiz e dela participem.”⁹⁵

O princípio da cooperação destina-se, portanto, a transformar o processo civil em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, cumunione di lavoro*) e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.⁹⁶ Como se percebe, a cooperação processual trata da divisão de trabalho no processo e impõe um dever de conduta objetivo às partes e ao juiz em desdobramento do dever de boa-fé processual objetiva, sendo prevista como regra geral no art. 6º, CPC. Os comportamentos das partes e do órgão jurisdicional devem ser pautados de forma objetiva para que se obtenha a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva. Não é uma questão de gostos ou vontades dos juizes, do Ministério Público e das partes, mas de conformação do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional.

Isto não significa que as partes deixarão de ser litigantes e de atuar em polos contrapostos em benefício de seus próprios interesses, mas impõe às partes um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva, com deveres

⁹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, p.147.

⁹⁴ DIDIER JR, Fredie. Art. 6º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.19.

⁹⁵ GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. In: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.301/310, esp. p.303/304. Conferir, ainda, a seguinte passagem da doutrina nacional: “A cooperação também não se trata nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de *solidariedade*, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios”, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.89.

⁹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p.62.

de conduta, sancionáveis em caso de descumprimento e veda a atuação voltada a procrastinar o processo, evitar a justiça da decisão, resultar em decisões não resolutivas do mérito, prejudicar a produção da prova etc. O processo é um ambiente regrado e disciplinado, ordenado para atingir um fim, não pode ser pensado como uma guerra, no interesse exclusivo das partes ou do Estado. Exemplo de comportamento contraditório à cooperação recíproca é a criação de fato superveniente para caracterizar impedimento do juiz ou do Ministério Público, atualmente expressamente vedada pelo art. 145, §2º, CPC.

No processo civil, portanto, passa o CPC a reconhecer a exigência de comportamentos objetivos, contrafáticos, ou seja, contraintuitivos, regrados pela norma e não resultantes da praxe judicial. O direito é contrafático porque ao estabelecer um *dever ser*, organizando a *divisão de trabalho* entre os participantes do processo, combate normativamente determinadas posturas adotadas na prática processual, controla o agir estratégico dos envolvidos. Adota, portanto, um padrão de comportamento que se traduz em exigências de comportamentos objetivos de todos aqueles que participam do processo e que configuram a *cooperação para o processo*.⁹⁷

A convivência em sociedade civilizada impõe este tipo de dever. Este dever de comportamento objetivo no processo é resultante de um comando normativo e se espelha em uma série de outras áreas do direito, a exemplo do ocorrido, da mesma maneira, no direito civil, no qual se construiu uma doutrina da boa-fé objetiva, livre do subjetivismo comportamental e, no direito penal, no qual se avançou para as teorias do dolo não subjetivistas, as chamadas teorias normativas do dolo.⁹⁸ No processo civil, assim como no direito civil e no direito penal contemporâneos, serão parâmetros objetivos que irão aferir o descumprimento destes deveres de comportamento. Estes deveres não se restringem às partes, mas se estendem a todos aqueles que de qualquer forma participem no processo.

É justamente em razão da cooperação que o juiz se submete, nos dias atuais, ao princípio do contraditório (art. 10, CPC). Os antigos brocardos latinos *iura novit, curia* (o tribunal conhece o direito) e *da mihi un factum dabo tibi ius* (traga-me os fatos que eu te darei o direito)⁹⁹ serão a partir do art. 10 do CPC mitigados em benefício dos deveres (direitos-deveres ou poderes-deveres) de esclarecimento, auxílio, prevenção e consulta, impostos ao juiz.¹⁰⁰

⁹⁷ Neste sentido, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.87; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.151/173; NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹⁸ Uma das questões mais intrincadas do direito penal é justamente a aferição do dolo. As teorias chamadas volitivas-psicológicas já estão de há muito superadas (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002). Contemporaneamente a doutrina tem se preocupado com a aferição objetiva da vontade, desenvolvendo-se as chamadas teorias normativas do dolo. As teorias funcionalistas do sistema do delito desenvolvidas por Claus Roxin e Gunter Jakobs são fortemente normativas.

⁹⁹ DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e a Causa de Pedir*. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

¹⁰⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p.65/67.

A cooperação é determinada entre todos os sujeitos do processo, que devem cooperar entre si, e ao *longo de todo o arco procedimental, inclusive na fase de cumprimento e execução*. Não há, portanto, como afirmar uma posição de assimetria do juiz em relação às partes. Todos estão em pé de igualdade em uma democracia.¹⁰¹ O que diferencia a posição do juiz e das partes é apenas o exercício de funções distintas. As partes atuam no processo em função da satisfação dos próprios interesses. Ao juiz caberá, nos casos em que não ocorrer a autocomposição (fortemente estimulada pelo CPC/2015, a exemplo do art. 3º, §3º), a função de decidir, coarctada pelo dever de fundamentação adequada (489, §1º), vedadas as decisões surpresa (art. 10). Trata-se de um dever, antes do que um poder, não cabendo ao juiz deixar de decidir por mera vontade, ou mesmo, deixar de decidir, alegando lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico (art. 140), o que esclarece tratar-se de função exercida não no interesse próprio, mas em benefício do interesse público primário. A mesma lógica se aplica à conduta do Ministério Público no processo.

A cooperação recíproca para a obtenção da decisão de mérito, justa, tempestiva e efetiva é decorrência dos *deveres anexos de cooperação* resultantes da atividade que cada um exerce na relação jurídica entre eles formada no processo, em cada uma das relações jurídicas formadas ao longo do arco processual, visto ser o processo um feixe de relações jurídicas. Trata-se, mais uma vez, de uma analogia à doutrina desenvolvida no direito civil, da conexão entre direito processual e direito obrigacional, enquanto no “âmbito obrigacional os deveres de cooperação orbitam o cumprimento da prestação (propósito da relação obrigacional), no âmbito processual eles giram em torno da solução do objeto litigioso (propósito do processo)”,¹⁰² daí sua relação ser isonômica e não assimétrica, assim como não há assimetria entre Estado e cidadão em um Estado Democrático Constitucional, visto que todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou através de seus representantes eleitos, nos termos da Constituição (art. 1º, par. ún., CF/1988).

Neste sentido, o processo pode ser compreendido a partir da divisão de tarefas entre o juiz e as partes. Cada modelo de processo corresponde a um modelo de Estado,¹⁰³ sendo notável a distinção entre os Estados Liberal, Social e Democrático para verificar a correspondência das posturas adotadas quanto à divisão de trabalho entre as partes e o juiz. O modelo de processo dispositivo corresponde ao Estado Liberal; o modelo inquisitivo, ao

¹⁰¹ Próximo, defendendo a inexistência de assimetria, porém sem reconhecer que o papel mais ativo do juiz – e, portanto, do Ministério Público – se revela como um desdobramento das suas funções no Estado Democrático Constitucional, cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.89. No sentido contrário, defendendo uma assimetria do juiz em relação às partes no momento de decidir, ou seja, que a função do juiz é paritária no diálogo e assimétrica na decisão cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015. Esta defesa de tese apresenta, no mínimo, dois desdobramentos que nos parecem inadequados para o processo civil brasileiro atual: a) relação processual não seria horizontal, como defendido neste texto, mas angular; b) não seriam existentes, ou seriam muito limitados, os negócios e as convenções processuais.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.102/102.

¹⁰³ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.8/9.

Estado Social; e o modelo cooperativo, ao Estado Democrático Constitucional. A cooperação representa, por consequência, uma superação da dicotomia dispositivo e inquisitivo.¹⁰⁴

No modelo *adversarial* ou dispositivo, cabia às partes a iniciativa. O juiz servia, permanecia inerte, como árbitro imparcial, convidado de pedra. Este modelo corresponde ao Estado Liberal, compreendido o processo como coisa das partes e a liberdade como direito absoluto.

No modelo *inquisitivo*, ao juiz cabia a iniciativa, sendo as partes submetidas à vontade legislada. As normas de ordem pública ditavam a condução do processo, não a vontade das partes. As normas são cogentes e inderrogáveis pelas partes e pelo juiz, sendo este um funcionário estatal que melhor pode ser descrito como Estado-juiz. Este modelo corresponde ao Estado Social, compreendido o processo como apenas o interesse público, superior e principal em relação aos interesses das partes, a ponto de as normas processuais tornarem o processo um fim em si mesmo com regras rígidas de nulidades absolutas, pressupostos processuais e condições da ação.

No modelo *cooperativo* (art. 6º, CPC/2015), transcendem-se os tradicionais modelos *adversarial* e inquisitivo combinando as suas virtudes.¹⁰⁵ Caberá às partes e ao juiz a divisão de tarefas de maneira dinâmica, respeitada a autonomia da vontade das partes e o interesse público, dimensionados também a partir da situação concreta em litígio e do direito material que lhe é afeto, de forma flexível e adaptável. Cada um dos atores do processo no exercício de sua função, visando à tutela dos direitos tempestiva e efetiva. Este modelo corresponde ao Estado Democrático Constitucional, compreendido o processo como procedimento em contraditório, em cooperação, de forma a atingir a decisão de mérito, justa, adequada, tempestiva e efetiva.

Assim, adotamos a definição de processo como procedimento em contraditório, caracterizado por um feixe de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos das relações processuais com a finalidade de obter a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva (art. 4º, CPC), formando um módulo processual¹⁰⁶. Este feixe de relações jurídicas gera *deveres de esclarecimento, lealdade, proteção* na linguagem consolidada do direito civil sobre os *deveres anexos de cooperação*, igualmente aplicável ao direito processual.¹⁰⁷ Estes deveres são o núcleo do princípio da cooperação percebido à luz de seu caráter objetivo.

¹⁰⁴ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, nº 3, 2012, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf, consultado em 23/01/2016, p.19; CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011; DIDIER JR., Fredie. Art. 6º, p.19.

¹⁰⁵ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, nº 3, 2012, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf, consultado em 23/01/2016, p.17/18; ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.154/155.

¹⁰⁶ FAZZALARI, Elio. Procedimento e Processo (Teoria Generale). In: *ENCICLOPEDIA del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, vol. 35.

¹⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p.604/608; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.97/103.

O *dever de proteção* inclui os *deveres prevenção e auxílio*, o *dever de esclarecimento* inclui o *dever de consulta*. A utilização da dogmática do direito civil de forma ampla e geral é útil para a construção das posições jurídicas decorrentes destes deveres anexos à obtenção da decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva. Estes deveres aplicam-se para todos os sujeitos processuais que devem cooperar entre si (juiz-réu, autor-réu, juiz-autor, auxiliares-juiz, auxiliares-partes, terceiros interessados etc.); trata-se de uma *comunidade de trabalho* e entre os sujeitos processuais ocorre a identificação de uma “posição comum”, o “princípio da cooperação também se manifesta na posição recíproca de qualquer dos sujeitos processuais perante todos os demais”.¹⁰⁸

No CPC/2015, esses deveres podem ser aferidos nos seguintes dispositivos, entre outros, art. 76, *caput* (determinação de prazo pelo juiz para sanção da incapacidade processual ou da irregularidade da representação da parte), art. 258 (multa para o requerimento doloso de citação por edital), art. 302 (responsabilidade objetiva quanto ao requerimento de tutela provisória), art. 321 (dever do juiz de conceder prazo para que o autor emende ou complete a inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado), art. 334, §8º (dever de comparecimento à audiência de mediação ou conciliação, sob pena de ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça e multa de até dois por cento do proveito econômico da causa, revertida a favor da União ou do Estado),¹⁰⁹ art. 339 (dever de o réu, sempre que tiver conhecimento, indicar o sujeito passivo quando alegar a sua ilegitimidade no processo, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação), art. 357, §3º (audiência de saneamento compartilhado ou saneamento cooperado), art. 536, *caput* (determinação de ofício de medidas necessárias ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer para satisfazer a obrigação), art. 536, §3º (determinação de litigância de má-fé ao executado que deixar de cumprir injustificadamente a ordem judicial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência), art. 772, II (advertência ao executado de que seu comportamento constitui ato atentatório à dignidade da justiça), art. 774 (atos considerados atentatórios à dignidade da justiça no processo de execução), art. 932, par. ún. (cláusula geral de sanabilidade dos recursos), art. 1017, §3º (cláusula de sanabilidade nos agravos de instrumento), art. 1029, §3º (cláusula de sanabilidade nos recursos especial e extraordinário), entre outros.

Em particular, o art. 357, §3º, que trata do saneamento compartilhado, traz o espírito da “comunidade de trabalho”, determinando que, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em

¹⁰⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p.67.

¹⁰⁹ Aqui há uma anotação importante, não há um dever de conciliar ou de mediar, mas, sim, um dever de comparecer à audiência. A conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como autocomposição e é errado afirmar que são um desdobramento do princípio da cooperação. Existe um dever de estímulo à autocomposição (art. 3º, §3º, CPC), mas não um dever de autocomposição, que é regrada pelo princípio da autonomia da vontade (art. 166, *caput*, CPC). Somente em sentido leigo pode ser afirmado que quem autocompõe coopera processualmente.

que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Trata-se de espécie de *case management conference*, novidade introduzida pelas *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998.¹¹⁰

É de se observar que, além das hipóteses tipificadas com sanções expressas, a não cooperação poderá ensejar uma série de desvantagens processuais, “seja por meio da sentença de revelia [...] em caso de ausência total, seja por meio de preclusão dos argumentos intempestivos [...], seja ainda por meio de sentença de mérito [...] por insuficiência de provas ou de comprovação.”¹¹¹ Portanto, revelia, preclusão e regras de ônus são possíveis sanções para a falta de cooperação das partes no processo.

3.7. Contraditório

O Contraditório não é mais visto como bilateralidade ou direito de ação e reação, como era no CPC/1973. Ele surge como “valor-fonte” do processo no Estado Democrático Constitucional¹¹². Como foi observado nos comentários ao princípio da cooperação, o juiz também está sujeito ao contraditório (art. 10, CPC/2015). Esta era a lição da melhor doutrina, agora incorporada pelo CPC/2015¹¹³.

O texto constitucional de 1988 revela-se sensível a essa interpretação, o art. 5º, LV, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. Com a constitucionalização, inédita no direito brasileiro até 1988, o processo, compreendido como procedimento em contraditório, passa a assumir um local central na teoria do processo. Há uma verdadeira processualização dos procedimentos,¹¹⁴ implicando que, mesmo nos casos em que existe predominância do inquisitório, as autoridades públicas, inclusive o Ministério Público, sempre que possível, permitam aos destinatários finais participar da formação da decisão que irá sobre eles versar efeitos.

¹¹⁰ Cf. CPR, Part 1, Rule 29.3 e Rule 1.4, (2) (a). Nos termos da doutrina: “A tarefa do juiz é, agora, ‘*active case management*’ – isso significa, por exemplo, nos processos mais importantes ter uma *case management conference*, na qual são discutidas com as partes [e com o Ministério Público, quando houver] o curso do processo, as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito, sobre as despesas e as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito. Que o juiz deve trabalhar para a cooperação das partes está em primeiro lugar de suas obrigações”. GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, p.309/310. Para as diversas teorias da cooperação e sua ascensão no direito alemão cf. KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationmaxime). In: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.311/344.

¹¹¹ GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, p.305.

¹¹² ZANETI JR. Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, 179. Na doutrina, adotando esta premissa, cf. FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo*. Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.67.

¹¹³ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Giuffrè, 1974; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O Juiz e o Princípio do Contraditório”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 71, p.31-38, jul./set., 1993; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.56/58.

¹¹⁴ Na doutrina, defendendo este efeito para o procedimento dos inquéritos civis, cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 10ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2016, p.239 e ss.

O contraditório é redimensionado para além da mera oportunidade de resposta, direito de contraditar as manifestações da outra parte no processo, transmutando-se no *direito de participação e influência no processo como um limite ao poder do juiz* e, por consequência, na existência de *um dever de debate por parte deste juiz em relação às partes*¹¹⁵, mesmo nos casos em que seja possível e recomendável a sua atuação de ofício.

Nesse sentido: “O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expandidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a *cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato*, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último *importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial.*”¹¹⁶

A doutrina apontou a existência de diversas facetas do contraditório. O *contraditório preventivo* a que está sujeito o juiz antes de proferir a decisão, atuando como regra geral (art. 7º e 9º, CPC), que também justifica a quebra dos brocardos *da mihi un factum, dabo tibi ius e iura novit curia*,¹¹⁷ citando o dever de o juiz advertir as partes das mudanças abruptas na argumentação desenvolvida no *iter* procedimental, a exemplo da vedação das decisões-surpresa (art. 10). O *contraditório diferido* ou *postergado*, para um ato futuro no mesmo procedimento. O contraditório eventual, compreendido como aquele que poderá ou não acontecer em um momento futuro, processo futuro, por exemplo, através de um procedimento próprio para seu exercício, a exemplo dos embargos do executado, do julgamento liminar de improcedência (art. 332, §§ 3º, 4º, CPC) e da ação para modificação da tutela antecipada antecedente estabilizada (art. 304, §2º, CPC). O *contraditório mitigado*, que é exercido em menor profundidade justamente por ser decorrente de um anterior procedimento com amplo contraditório (como no caso dos processos de execução de títulos executivos judiciais)¹¹⁸.

No CPC/2015, a doutrina apresenta uma conexão da efetividade do contraditório com a noção de igualdade como “equilíbrio processual” (art. 7º, CPC). A igualdade deixa de ser apenas o direito à paridade de armas de forma estática e passa a ser vista como o dever de o juiz “neutralizar as desigualdades” e garantir a “equivalência de

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n° 2, p.449-463, Apr./Giu. 2005.

¹¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, p.7-20, 1998.

¹¹⁷ Para a compreensão da extensão destas expressões na história do processo e o impacto no princípio do contraditório à luz do Estado Democrático Constitucional cf. DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Jura Novit Curia e a Causa de Pedir*. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

¹¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003; PICARDI, Nicola. “Il Principio del Contraddittorio”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 53, n° 3, p.673-681, 1998; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n° 2, p.449-463, Apr./Giu. 2005.

oportunidades” às partes no processo.¹¹⁹ Esta mesma tarefa pode ser desempenhada pelo Ministério Público quando atua como fiscal do ordenamento jurídico. O previsto no art. 190, par. ún., em relação aos negócios processuais, pode servir como exemplo. Neste dispositivo está previsto o dever de o juiz garantir que os negócios processuais não se realizem de forma abusiva nos casos em que se vislumbrem nulidades, inserção abusiva em contratos de adesão ou a parte se encontre em manifesta vulnerabilidade, caso o Ministério Público atue nestes processos, é igualmente seu dever requerer o controle da validade dos negócios ao juiz. Outro exemplo é a possibilidade de dilação de atos processuais (art. 139, VI, CPC). Nestes casos, o juiz estará zelando pelo efetivo contraditório, dilatando os prazos para que as partes possam se manifestar de maneira mais adequada.

O dever de auxílio do juiz é, portanto, presente em muitos dos casos em que se trata de assegurar o contraditório, especialmente nos processos em que há presença de direitos-deveres, caracterizados por um interesse público na defesa de um bem jurídico coletivo ou de uma parte considerados especialmente relevantes pela norma.¹²⁰ Por esta razão, o CPC reforça que um dos desdobramentos da igualdade de partes é o dever de o juiz zelar pelo contraditório efetivo. Mas há um senão. Na doutrina portuguesa, o princípio da igualdade é normalmente conjugado com os deveres de auxílio exercidos pelo tribunal em relação às partes¹²¹. Não há, contudo, um dever geral e irrestrito de auxílio para as partes¹²². É de se observar que o dever de cooperação cria deveres anexos ao módulo processual, visando à solução de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva, e entre estes deveres está o dever de proteção,

¹¹⁹ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e Processo Civil*. Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito. São Paulo: RT, 2016; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, 97/98.

¹²⁰ A classificação que elabora a distinção entre direitos-pretensão, direitos-poder e direitos-dever é de Fernando Noronha, cf. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1, p.54, ver também p.51-64, também adotada em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p.279. Parcela da doutrina exclui esta categoria do âmbito dos direitos subjetivos, adotam este entendimento excludente Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “Já o poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, v.g., o poder familiar (CC, art. 1630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular. Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos clássicos”. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.6. Entendemos que não se trata de oposição eficaz, primeiro porque os autores referem, com absoluta certeza, aos direitos subjetivos clássicos ou *stricto sensu*, categoria aqui alargada; em segundo porque também esses direitos-poder são judicializáveis como “direitos subjetivos” daqueles que são os titulares do benefício de seu cumprimento (pessoa determinada ou coletividade), quer pelos próprios beneficiários, quer por entes especialmente determinados em lei (ex.: art. 5º da Lei nº 7.347/1985). O tema é objeto de aceso debate doutrinário entre as teorias do interesse e as teorias da escolha cf. MACCORMICK, Neil. *Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right*. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Vol. 62, no 3 (1976), p.305-317; PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015, item 1.

¹²¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p.65.

¹²² DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p.131/132.

do qual decorre o dever de auxílio. Evidentemente, no exercício destes deveres, o juiz deverá manter a sua imparcialidade, atuando nos casos excepcionais em que a relevância do bem jurídico tutelado, a vulnerabilidade da parte ou a complexidade do direito assim justificarem. Nestes mesmos casos, apresenta-se claramente a função do Ministério Público como instituição de garantia de segundo grau e sua atuação como órgão agente ou interveniente ancorada no princípio da acionabilidade.¹²³

O art. 9º, CPC/2015, traz a ideia de contraditório prévio, vedando, *como regra geral*, a decisão *inaudita altera parte*, ou seja, aquela decisão sem a oitiva da parte contrária (art. 5º, LV, CF). A regra geral é que, sempre que possível e sem prejuízo ao direito tutelado, seja realizado o contraditório prévio. A regra geral traz algumas exceções, conforme analisamos abaixo (art. 9º, par. ún., inc. I, II, III, CPC). O artigo traz, ainda, a ideia de ciência bilateral antes da manifestação do juiz, que favorece o exercício do contraditório como direito de influência e dever de debates. Perceba-se que, quando ocorrer intervenção do Ministério Público, haverá uma ciência trilateral, pois também o Ministério Público irá se manifestar antes da formação da convicção e, geralmente, da própria análise, pelo julgador sobre os fatos e sobre o direito debatido. Trata-se, aqui, principalmente da dimensão *audiatur et altera pars*¹²⁴ do contraditório, a própria essência do processo judicial, como afirma a doutrina, o meio pelo qual a justiça deve preservar sua imparcialidade, configurando o direito de as partes de se manifestarem nos autos do processo antes da manifestação judicial.

Para além desta dimensão clássica do contraditório, as normas fundamentais da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º) implicam o dever de o juiz discutir com as partes antes de decidir, mesmo nos casos em que possa decidir de ofício, ou seja, o CPC submete o próprio juiz ao contraditório. O contraditório para o juiz é expresso no art. 10, que veda as decisões-surpresa.

As exceções previstas para a regra geral do contraditório prévio são: a) *tutela provisória de urgência*, disciplinada nos arts. 300 a 310, incluindo a parte geral da tutela de urgência, tutela antecipada e cautelar incidental, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, nestes casos, o contraditório poderá ser diferido para um momento futuro; b) *tutela provisória da evidência, em duas hipóteses, art. 311, II e III*, nas quais, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, b.1) *as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*, b.2) *se tratar de pedido reipersecutório* – ou seja, pedido visando buscar no patrimônio do réu algo que pertence ao autor e que lá se encontra indevidamente – fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Em ambos os casos, há previsão para que o juiz

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.246-247.

¹²⁴ *"Audiatur et altera pars*. Não conheço nenhum outro critério (e este é habitualmente desconsiderado) da verdade de uma conclusão. Não existe operação mais constantemente indispensável do que a 'dialética'". VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Definições e Fins do Direito. Os Meios do Direito. Trad.: Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.267.

decida *in limine litis, inaudita altera parte*, no início do processo e sem a oitiva da parte contrária; c) *ação monitoria*, art. 701, uma vez que sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou não fazer, constituindo-se o título executivo judicial se o devedor não realizar o pagamento ou apresentar os embargos no prazo de 15 dias.

3.8. Duração Razoável do Processo

O art. 4º do CPC que prevê que *as partes têm o direito de obtenção em prazo razoável à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*. Bem, acrescenta-se aqui o elemento necessário ao princípio da efetividade que é a necessidade de tutela tempestiva (duração razoável do processo), que não implica rapidez a qualquer custo, mas eliminação do tempo patológico, isto é, sem correspondência entre o tempo gasto e a complexidade da causa¹²⁵.

A duração razoável do processo é princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF, EC nº 45/04), norma adotada pelo Brasil a partir da internalização do Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1), agora expressamente referida no art. 4º e no art. 139, II, do CPC/2015. São os critérios básicos firmados pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (a partir do art. 6º, 1, da CEDH), para saber se o processo tem ou não duração razoável: a) a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional (Caso Neumeister v. Áustria, 1968, CEDH). A corte acrescentou ainda mais um critério: d) relevância do direito reclamado em juízo para a vida do litigante prejudicado pela duração excessiva dos processos (ex.: responsabilidade civil pelo contágio de doenças, Caso Comissão v. Dinamarca, 1996, CEDH; *status* pessoal, Caso Laino v. Itália, CEDH; liberdade pessoal do réu no processo penal, Caso Zarmakoupis e Sakellaropoulos v. Grécia, 2000), CEDH, todos precedentes citados pela doutrina¹²⁶.

A EC nº 45/04 acrescentou alínea e) ao inciso II do art. 93 da CF/1988, determinando que não será promovido o juiz que injustificadamente reter os autos além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem despacho ou decisão. A doutrina defendeu a possibilidade de mandado de segurança contra a omissão judicial com pedido para determinação pelo tribunal para que o responsável pela demora profira a decisão¹²⁷. No CPC/2015, há previsão da modificação do órgão de decisão em razão da demora,

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* 98.

¹²⁶ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, 800/801. Na Itália, após sucessivas condenações por irrazoável duração dos processos pela Corte de Estrasburgo, foi editada uma lei (Lei nº 89, de 24 de março 2001) para determinar uma equânime compensação financeira como indenização à parte prejudicada. A condenação a uma indenização pelos danos, inclusive extrapatrimoniais, causados pela demora é uma solução reiterada no continente europeu, os prazos considerados razoáveis para a duração normal de um processo civil seriam de três anos para a decisão de mérito e seis anos para a decisão final de todos os recursos, até o tribunal de vértice, cf. DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure Acceleratorie e Riparatorie contro l'irragionevole Durata dei Processi*. Commento alla Legge 24 marzo 2001, nº 89. Torino: Giappichelli, 2002, p.68/225.

¹²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil*. Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (Org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

quando, após intimação para que em dez dias pratique o ato, deixar o juiz ou relator de praticá-lo, sendo o processo remetido ao seu substituto legal (arts. 235, §3º e 940, §2º CPC). Além destas previsões disciplinares, é evidente que, existindo dano pela demora, ocorre a atração do dever de responsabilização, pelo que caberá ação civil de reparação na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, conforme o caso, pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados pela duração irrazoável do processo¹²⁸.

A questão atinge também a atuação do Ministério Público.

Em relação ao Ministério Público, há a necessidade de equilíbrio entre os dois vetores de segurança e efetividade. O art. 180, §1º determina que findo o prazo de manifestação do Ministério Público sem que este se pronuncie, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo. O art. 234, §4º, estabelece a possibilidade de aplicação de multa ao membro do Ministério Público que não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias a contar da requisição do juiz. Como salientamos, inicialmente, uma das preocupações principais do CPC é dar vazão célere aos procedimentos cíveis, prestando, em tempo adequado, a jurisdição (art. 4º). Nesse afã, algumas vezes, corre-se o risco de criar problemas para outro vetor essencial do processo: a segurança jurídica. A atuação do Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais visa a assegurar sua efetivação; portanto, não pode a lei prescindir dessa intervenção, quando a Constituição assim determina.

Todas essas noções já estão bem assentadas. Assim, nos parece que o parágrafo primeiro do art. 180 não pode ter aplicação literal, por ser inconstitucional e ilegal.¹²⁹ Salvo se, em interpretação conforme, vincularmos sua aplicação à intervenção discricionária vinculada à fundamentação do Ministério Público (disponibilidade motivada).¹³⁰ Uma coisa é entender o membro do Ministério Público, no âmbito de sua

¹²⁸ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p.800/801.

¹²⁹ Em sentido contrário, entendendo que o prazo definido tem caráter preclusivo e que a não intervenção não impede a prática de outros atos futuros, cf. BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 70 ao 187. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p.394.

¹³⁰ Nesse texto, defenderemos a possibilidade de determinar grau de interesse público e de indisponibilidade do direito, ao mesmo tempo em que caberia ao Ministério Público a decisão de intervir ou não nos processos, conforme fundamentação adequada, quando a norma que determina a intervenção assentar-se em um conceito jurídico indeterminado (ex.: *interesse social e interesse público*). A Recomendação nº 34 do CNMP determinou, no seu art. 2º, que a identificação do interesse público é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos. Trata-se de estabelecer, como premissa técnica de controle da atuação, o “*princípio da disponibilidade motivada*” (Gregório Assagra de Almeida), demonstrando o membro as razões de sua atuação, toda vez que, no exercício de suas funções constitucionais, ao extrair o conteúdo normativo dos textos legais, resolver pela intervenção ou não intervenção na esfera cível, em concreto. O dever de fundamentação adequada decorre de mandamento constitucional (art. 93, IX) e é um dos pilares nos quais se assenta a estrutura de controle dos deveres-poderes do juiz no novo Código de Processo (art. 489, §1º), nada mais natural que ele se estenda igualmente ao Ministério Público. O “*princípio da disponibilidade motivada*” nasceu no processo coletivo, tendo sido identificado pela melhor doutrina na matéria (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.573; GODINHO, Robson Renault. *As corregedorias e a atuação repressiva do Ministério Público*. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público*, vol. 1, Brasília: CNMP, p.49-108, 2016, p.143); já havíamos aderido a esse entendimento em outro local (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 3).

independência funcional, nos casos de intervenção com disponibilidade motivada, vinculada à fundamentação (ex.: rol previsto na Rec. nº 34, CNMP, ver *supra* comentários ao art. 178), pela não manifestação nos autos, por verificar ausência do interesse público ou social que motive sua intervenção. Outra coisa é, havendo interesse público, o juiz dar andamento ao processo independentemente da manifestação do Ministério Público, o que será passível de nulidade acaso comprovado o prejuízo (art. 279, §2º, CPC/2015).

A Constituição previu a essencialidade do Ministério Público para a justiça (art. 127, CF/1988); logo, não pode o CPC, norma infraconstitucional, dispensar sua atuação obrigatória. Ademais, o próprio CPC/2015 prevê a nulidade dos atos processuais praticados sem a oitiva do Ministério Público, art. 279 (“[é] nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”), flagrantemente em contraste com o parágrafo primeiro do art. 180. Portanto, só não haverá nulidade quando não houver prejuízo (“[a] nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo”, art. 279, §2º).

O CPC não se interpreta em tiras. A única interpretação conforme possível do parágrafo primeiro do art. 180 é aquela que permite concluir que a intervenção do Ministério Público, nestes casos, é regida pela disponibilidade motivada. Queremos dizer, tendo entendido o órgão de execução pela não intervenção, poderá o juiz requisitar os autos. Eventual divergência por parte de órgão ulterior que venha a atuar nos autos somente ensejará nulidade dos atos praticados, caso esteja presente o prejuízo grave, a ponto de afastar a preclusão (art. 277, §2º, c/c art. 278, *caput* e parágrafo único).

Ademais, o CPC/2015 disciplina a responsabilidade do membro do Ministério Público que indevidamente retiver os autos do processo, nos termos do art. 232, §4º, e praticar atos atentatórios à jurisdição, art. 77, §6º, remetendo a sanção ao órgão disciplinar competente. A remessa ao órgão competente é a postura normativa correta, por se tratar de responsabilidade administrativa. Portanto, casos em que exista interesse público relevante, de obrigatória atuação, e houver omissão do Ministério Público, deverá o juiz remeter a questão ao Conselho Superior do Ministério Público Estadual ou ao órgão correspondente nos ramos do Ministério Público da União (MPF, MPDFT, MPT e MPM), para que tomem uma de duas decisões possíveis: a) homologuem a não intervenção do membro do Ministério Público nos autos, permitindo o prosseguimento do feito sem a intervenção do Ministério Público; ou b) discordem da decisão de não intervenção, remetendo os autos ao Procurador-Geral para que este designe outro membro para atuar no feito (art. 9º, §§ 1º e 4º, da LACP c/c art. 10, IX, d, LONMP).

Essa fórmula, entendemos, aplica-se igualmente quanto à inação. Assim, preserva-se o núcleo essencial da função desempenhada pelo Ministério Público, ao mesmo tempo em que se garante a independência funcional e a regra de que cabe ao próprio Ministério Público definir quando há ou não presença de motivos adequados para a sua intervenção. O juízo sobre a existência ou não de interesse público motivador de ação ou intervenção do Ministério Público é exclusivo do próprio Ministério Público, art. 2º, Rec. nº 34, CNMP. É o que já ocorre em relação aos arquivamentos de inquéritos

policiais em que há atribuição exclusiva do Procurador-Geral. Cabe apenas ao Ministério Público a decisão; não haveria, de regra, nem mesmo necessidade de envio ao Poder Judiciário, uma vez que a este não resta outra alternativa a não ser o arquivamento do inquérito penal.¹³¹

Note-se, por derradeiro, que seria possível superar o problema da ausência de manifestação do *Parquet* através de um recurso à analogia. Os Ministérios Públicos têm se organizado em regime de substituição automática. Pois bem, os arts. 235, §3º, e 940, §2º, do CPC/2015 determinam a atuação do juiz ou desembargador substituto legal em caso de demora pelo juiz ou desembargador que deveria decidir ou votar. Não há aqui qualquer aplicação de multa, como prevista para os advogados nos termos do art. 234, §2º e estendida ao Ministério Público e à Defensoria Pública pelo parágrafo quarto do mesmo artigo.

Por qual razão não seria aqui aplicável regime idêntico à demora do Ministério Público? Observe-se que a regra do substituto legal vale também para os impedimentos ou suspeições, e, neste caso, aplicam-se às normas ao Ministério Público por expressa disposição legal (art. 148, CPC). Não há razão jurídica para negar a extensão aqui. Trata-se, conseqüentemente, de uma busca constante de aprimorar as instituições e fazer valer o direito fundamental à organização e ao procedimento (*status activus processualis*). Portanto, ao invés de aplicar a multa, cabe ao juiz solicitar à administração superior que designe um substituto para que atue no feito, sanando a irregularidade. Eventual infração administrativa será apurada nos termos do art. 234, §5º, CPC, e do regramento interno da instituição.¹³²

O art. 12 estabelece o dever de os juízes e os tribunais julgarem as causas em ordem cronológica, como meio de promover a duração razoável do processo.

Não se pode deixar também de mencionar, quanto ao previsto no art. 4º, que a atividade satisfativa também deve ser realizada em tempo razoável e com solução integral de mérito, o que revela, portanto, o direito fundamental à tutela executiva.¹³³

O art. 139, IV, que prevê a atipicidade dos meios executivos¹³⁴, também é outro grande exemplo que o novo CPC traz no sentido de realização da tutela dos direitos. No Código anterior, a determinação das medidas referidas no inciso IV era possível somente para obrigações de fazer, não fazer, desfazer e entrega de coisa. Agora, como o CPC, também é cabível para as prestações pecuniárias¹³⁵. A adequação de técnicas executivas é imprescindível para a prestação da tutela efetiva, técnicas estas

¹³¹ Cf. POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹³² Entendendo que a multa é aplicável a todos, advogados públicos e privados, defensores públicos membros do Ministério Público indistintamente, porém que somente pode ser aplicada após o devido processo legal administrativo e pelo órgão administrativo competente, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 188 a 293. Vol. III. São Paulo: RT, 2016, p.171.

¹³³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2002, *passim*; DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p.93/96.

¹³⁴ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.61/62.

¹³⁵ Grande destaque para as medidas realizadas via BACEN-JUD, em virtude de sua efetividade para a tutela dos direitos.

que precisam ser idôneas – todas as técnicas processuais, portanto, estão disponíveis para tutela de toda e qualquer espécie de direito,¹³⁶ consubstanciando os princípios da atipicidade e não taxatividade, sendo que a necessária concreção em textos legais e em precedentes irá oferecer os contornos de aplicabilidade da norma.

3.9. Autorregramento da Vontade no Processo

As convenções processuais¹³⁷ podem ser celebradas extrajudicialmente ou judicialmente, pelas partes sozinhas ou com a participação do juiz. Neste último caso, o juiz já controlará, de imediato, a validade do negócio.

Os negócios poderão versar sobre mudanças de procedimento, inclusive com a derrogação de normas processuais.

A disciplina dos negócios processuais tem seu núcleo nos arts. 190¹³⁸ e 200¹³⁹, CPC/2015, que funcionam como cláusulas gerais dos negócios processuais atípicos.

O art. 190 do CPC estabelece a possibilidade de autorregramento da vontade nos negócios, acordos e convenções pré-processuais ou processuais tendo por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Claro que a liberdade trazida com o art. 190 do CPC tem seu critério de validade submetido ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF/1988). O negócio jurídico processual não pode, portanto, afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação (Enunciado nº 6, FPPC). Na doutrina há quem defenda, por exemplo, que acordos processuais não podem incidir sobre poderes do juiz e do Ministério Público, bem como não podem violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais. Defendem, ainda, que são nulos acordos irrevogáveis ou que importem renúncia sem benefício correlato.¹⁴⁰ Cabe interpretar este problema à luz do direito material discutido, quanto mais for disponível o direito e quanto menor for o atingimento dos direitos fundamentais afetados, maior será a liberdade negocial.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. I, 252.

¹³⁷ A terminologia doutrina oscila entre negócios, acordos ou convenções. Optaremos por convenções processuais, como já definido na nota introdutória. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.376; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais* Salvador: Juspodivm, 2016; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios Processuais*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 1); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016; GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015; FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹³⁸ Nos termos do CPC: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹³⁹ Assim redigido: Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p.244.

Um exemplo pode ser retirado dos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). O Ministério Público pode realizar negócios processuais, mas as partes não podem, mediante negócio processual, afastar a intervenção do Ministério Público (Enunciados nº 135 e 254, FPPC).

Um dos negócios processuais que pode ser considerado muito adequado ao Ministério Público e aos direitos fundamentais que tutela é a dispensa do prazo recursal nos casos de adoção internacional. O chamado *pacto de não recorrer*.¹⁴¹ O tema é polêmico, mas merece atenção, podendo inclusive ser regulamentado pelas corregedorias do Ministério Público. O processo de adoção internacional é longo, conta com estágio convivência e pressupõe o esgotamento da questão em primeiro grau. Muitos são os casos em que não há qualquer oposição de terceiros interessados ou dos pais biológicos do adotando. Nestes casos, admitida a possibilidade de negócios processuais para afastar os poderes do Ministério Público de recorrer, com o que concordamos, quando adequado à tutela dos direitos, pois será uma forma de efetivar os direitos fundamentais que o próprio Ministério Público pretende tutelar no processo. Isto permitirá, na adoção internacional, que os requerentes possam, desde logo, obter a averbação da decisão judicial transitada em julgado em cartório e retornar ao país de origem.

3.10. Fundamentação Hermenêutica e Analiticamente Adequada das Decisões e dos Atos Postulatórios

O CPC trata da fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada no art. 11, CPC, repetindo a regra da motivação e publicidade existente no art. 93, IX, da CF/88, e no art. 489, §1º, CPC, com muito mais detalhe.

As regras e princípios ali previstos valem para a fundamentação das decisões e para os atos postulatórios. No caso do Ministério Público, é irrelevante se ele atua como órgão agente ou interveniente, já que todas as manifestações, especialmente por ser órgão público, instituição de garantia dos direitos fundamentais, devem ser adequadamente fundamentadas e os argumentos jurídicos devem projetar a futura decisão judicial que será tomada.

Aqui também é de se referir que o art. 489, §1º, CPC, deve afetar as decisões tomadas em instâncias administrativas pelo Ministério Público. Como se trata de um desdobramento do formalismo valorativo, há necessidade de primar pela fundamentação adequada pelo Ministério Público nos procedimentos administrativos em que oficia, por exemplo, ao determinar um arquivamento, formular um termo de ajustamento de conduta ou despachar no procedimento, as decisões do Ministério Público devem estar adequadamente fundamentadas e levar em consideração (contraditório como direito de influência e dever de debates) os argumentos trazidos pelos eventuais interessados que tiverem voz nos procedimentos.

¹⁴¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídico Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.246.

Há uma diretriz prática na adequada fundamentação nestes casos: ao fundamentar adequadamente sua manifestação, o Ministério Público permite a prevenção especial e geral de novos atos que venham a ocorrer em desconformidade com o entendimento do *Parquet*. Permite, ademais, o controle interno pelo CSMP e o controle externo pela sociedade. As decisões adquirem, portanto, legitimidade *endoprocessual* e *extraprocessual*.

Antes de analisarmos os incisos do art. 489, §1º, é importante demonstrar como a fundamentação adequada pode afetar o peticionamento por parte do autor e do réu, tanto na peça inicial, quanto em qualquer momento ao longo do processo. O primeiro caso, mais evidente, resulta do dever de o juiz advertir ao autor da necessidade de completar ou esclarecer sua petição, declinando corretamente a causa de pedir e o pedido, modelados à luz do art. 489, §1º, CPC. Isto ocorre em razão de ser a petição inicial um projeto de decisão. Assim, quando não for possível depreender do peticionado os termos necessários para formação da decisão judicial, o juiz deve determinar à parte autora, sob pena de não recebimento da inicial, que a emende. Para tanto, é dever do juiz indicar precisamente, ao autor, que este deverá esclarecer sua petição nos termos do art. 489, §1º, sob pena de não receber a inicial (art. 321 e par. ún., CPC), por exemplo, informando qual a relação entre os dispositivos legais citados e o caso, esclarecendo a pretendida concreção dos conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais referidas e indicando a relação entre os precedentes citados e o caso peticionado.

Para melhorar a compreensão, podemos agrupar os incisos do art. 489, §1º, CPC, em três tipos: a) controle do excesso de linguagem e da abstração na argumentação jurídica (art. 489, §1º, I a III); b) controle da omissão do julgador na análise dos fundamentos das partes capazes de alterar – infirmar – a decisão (art. 489, §1º, IV); c) controle da aplicação ou não aplicação dos precedentes (art. 489, §1º, V e VI).

a) o primeiro grupo tem relação com o *excesso de linguagem e de abstração na argumentação jurídica*. Dessa forma, não se consideram fundamentadas *decisões ou atos postulatorios sem concreção*, ou seja, decisões ou atos postulatorios que se limitarem a indicar, reproduzir ou parafrasear atos normativos sem explicar sua relação com a causa ou a questão debatida (inc. I), empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência (inc. II), invocarem motivos que se prestariam a justificar quaisquer decisões (inc. III). Assim, por exemplo, a alegação de inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a não existência de interesse público na causa e a invocação de doutrina não contextualizada não fundamentam a decisão e não fundamentam, conseqüentemente, as postulações das partes e mesmo do Ministério Público;

b) não se considera fundamentada, igualmente, *a omissão do juiz na análise de fundamentos das partes*, ou seja, decisões ou postulações em que o órgão responsável pela decisão não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmarem a conclusão adotada (inc. IV). O correto dimensionamento deste inciso é muito relevante, afinal, não são todas as alegações, mas apenas os argumentos relevantes para infirmar a decisão adotada, ou seja, os argumentos que constituem

fundamentos para decidir de forma diversa e que por si só poderiam resultar na decisão em sentido contrário se fossem adotados, que geram a nulidade por falta de fundamentação. O argumento deduzido tem de ser forte o suficiente para – em tese – infirmar, ou seja, alterar, a decisão tomada. Caso incida um precedente normativo formalmente vinculante, passa a ser totalmente irrelevante, por exemplo, a afirmação de que existem decisões judiciais de outros tribunais ou decisões judiciais mais antigas que não foram debatidas alegadas pelas partes. O precedente, de regra, vale independentemente das suas razões. Incidindo o precedente, passa a ser irrelevante a jurisprudência no sentido contrário.¹⁴²

c) por fim, *não se consideram fundamentadas decisões que apliquem mal ou não apliquem precedentes normativos formalmente vinculantes, analisando-os do ponto de vista material*. Queremos dizer, para fundamentar adequadamente uma decisão ou uma postulação com base em precedentes, é necessário que c') se encontre a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão anterior, as circunstâncias fáticas e a solução jurídica do caso-precedente, para que estes possam ser comparados com o caso-atual e, conseqüentemente, utilizados como fundamento da sua decisão. Portanto, não se considera fundamentada a decisão e o ato postulatório que se limitar a invocar o precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inc. V). Igualmente, c'') não seja caso de *distinção ou superação do precedente*, pois a decisão não se considera fundamentada, se deixar de seguir enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso-atual ou a superação do entendimento firmado no precedente (inc. VI).

Há necessidade de, ainda, no caso de colisão entre normas, para ser mais técnico, colisão entre normas-princípio, o juiz – e também aquele que postula em juízo alegando a colisão – justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação a ser efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. No caso, o Ministério Público, analisando o caso como órgão agente ou interveniente, deverá realizar a individualização das normas-princípio colidentes e sugerir na postulação qual a solução melhor preserva os direitos fundamentais tutelados pela instituição. Por exemplo, em um conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia, com a ocupação de áreas de preservação permanente por invasões populares, deverá utilizar um método de justificação – como, por exemplo, mas não só, o de Robert Alexy – para demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da norma a ser aplicada.

¹⁴² Como veremos este caso é distinto da distinção, forma de não aplicar o precedente que resulta da sua não incidência. Bem como, da superação, forma de não aplicação do precedente que resulta na sua modificação em um momento posterior. Para a teoria dos precedentes cf. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, em especial o Cap. 4.

3.11. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes¹⁴³

O modelo dos precedentes normativos formalmente vinculantes no Brasil (arts. 926, 927, 489, §1º, V e VI, CPC) é claramente voltado à conjugação da melhor doutrina em matéria de teoria do direito e teoria dos precedentes para garantia de aspectos formais e materiais ligados à norma-precedente.

Podemos dizer que, ao lado da norma-lei, o CPC/2015 adotou a norma-precedente, sendo os juízes e tribunais obrigados a seguirem os próprios precedentes (vinculação horizontal, art. 926, CPC) e os precedentes dos tribunais superiores (art. 927, CPC). É de se perceber que os precedentes exigem interpretação como ocorre com todo e qualquer texto legislativo, mas a existência de um precedente passa a ser aspecto fundamental da fundamentação hermenêutica e analítica adequada da decisão judicial (art. 489, §1º, V, CPC). A aplicação do precedente deve atentar para as diferenças do caso, não sendo aplicáveis precedentes, quando o problema seja distinto, quando as circunstâncias fáticas levarem à solução jurídica diversa (art. 489, §1º, VI, CPC). Apesar de os tribunais e juízes inferiores não poderem alterar os precedentes dos tribunais superiores, a sua atividade interpretativa, quando não permitir a distinção, poderá ser utilizada no estilo de ressalva de consciência para permitir a subida mediante recursos até às cortes de vértice com poderes de superação dos precedentes (art. 489, §1º, VI, segunda parte).

Cabe ao Ministério Público trabalhar na formação dos precedentes favoráveis aos direitos tutelados pela instituição constitucionalmente, sendo também necessária a sua reversão, detalhamento ou superação nos casos em que estes precedentes não atendam à tutela integral dos direitos fundamentais.

A delimitação de estratégias de atuação por parte do Ministério Público com a seleção de prioridades deve partir também da necessidade de implementar precedentes positivos firmados pelas Cortes Supremas. Neste sentido, o Ministério Público deve garantir a unidade do direito, aplicando os precedentes firmados na sua área de atuação.

3.12. Demandas ou Questões Repetitivas: Casos Repetitivos e Gestão de Processos

O CPC disciplina os casos repetitivos no art. 928, subdivide-os em incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado a partir do art. 976 do CPC, e recursos especial e extraordinário repetitivos, regulados a partir do art. 1.036 do CPC. Trata-se de técnica de gestão de processos que apresentem *questões repetitivas*,¹⁴⁴ visando à

¹⁴³ A bibliografia sobre precedentes é vastíssima, tanto do ponto de vista do direito comparado, quanto do ponto de vista do direito brasileiro, para uma ampla revisão bibliográfica cf. ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.289/380; ZANETI JR., Hermes. Arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1.307/1.3078.

¹⁴⁴ Assim, "o IRDR visa a solucionar *questões* repetitivas e não necessariamente *demandas* repetitivas", TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.60. Como ficou soberanamente demonstrado pela autora o IRDR trata das *questões comuns* de direito material ou processual, mesmo que as demandas sejam heterogêneas. Por questão a autora entende, de maneira ampla, quaisquer "dúvidas" surgidas ao longo do processo e que tenham de ser decididas pelo julgador,

fixação de uma tese jurídica aplicável a todos os casos em tramitação e, eventualmente, aos casos futuros. Neste último caso, a tese será aplicada como precedente normativo formalmente vinculante (art. 927, III, CPC).

A questão dos litígios repetitivos é um desafio para o Ministério Público especialmente em três pontos: a) relação com as ações coletivas; b) intervenção como fiscal do ordenamento jurídico; c) seleção dos casos que formarão as teses e os eventuais precedentes. Passaremos à análise de tais questões:

a) A relação entre os casos repetitivos e as ações coletivas pode ser conflituosa. O Ministério Público deve atuar para a garantia de que os litígios repetitivos não irão absorver os litígios coletivos, fazendo com que os processos coletivos para tutela dos direitos coletivos *lato sensu* sejam afetados pelas teses julgadas, sem que tenha sido preservado o processo justo. Para garantia do processo justo, deverá ocorrer, na concomitância entre ações individuais e ações coletivas, a afetação da própria ação coletiva como caso-piloto (art. 978, par. ún. e art. 1.036, §1º, CPC). Para tanto é preciso insistir na tese doutrinária de que a não afetação de um processo coletivo em curso como caso-piloto representa a inadmissibilidade do incidente e que, na ausência de processo coletivo no tribunal, a suspensão necessária para garantia da não contraditoriedade das decisões pode ser decretada no próprio processo coletivo em face dos processos individuais;¹⁴⁵

b) A atuação efetiva como fiscal do ordenamento jurídico em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos, em face da relevância social das decisões que afetam processos individuais e coletivos que estejam tramitando (art. 985, I, CPC) e tenham ainda potencial de formarem precedentes para os casos futuros (art. 985, II, CPC). O Ministério Público deve garantir o processo justo e velar pelos direitos fundamentais envolvidos, assim como pelo interesse social nestes processos. Por esta razão, o CPC previu a intervenção de forma expressa (art. 976, §2º e art. 1.038, III, CPC);

c) O Ministério Público deve zelar para que o requerimento de formação de incidentes (art. 977, III, CPC) e recursos repetitivos (art. 996, CPC) com a escolha de casos-piloto que possam, na melhor medida possível, resultar na aprovação de teses jurídicas favoráveis aos direitos fundamentais tutelados pelo Ministério Público, no âmbito de sua missão institucional, com a escolha de casos que, pelas circunstâncias fáticas e jurídicas, permitam a correta compreensão do problema e a melhor tutela dos direitos. Trata-se de optar por uma litigância para ganhar a causa, e não o caso. A causa que move a atuação do Ministério Público é mais relevante do que um ou outro caso que, muito embora o Ministério Público tenha sido vencido, possa representar, caso recorrida a decisão, na fixação de uma tese ou de um precedente em sentido contrário.

adotando o conhecido entendimento de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil*. Ensaios e Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.74/75.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: Fredie Didier Jr.; Leonardo Carneiro da Cunha. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.181/192.

A litigância serial que propõe as novas técnicas de julgamentos de litígios repetitivos completa o nosso modelo de processo coletivo, composto atualmente de duas espécies, os casos repetitivos e as ações coletivas. A atuação do Ministério Público em ambos é fundamental para a garantia dos direitos fundamentais, da ordem jurídica e dos interesses sociais, aos quais a instituição está vinculada a garantir.

3.13. Acesso aos Tribunais Supremos (STJ e STF)

O acesso aos tribunais supremos, em razão das mudanças no modelo de precedentes e na técnica de casos repetitivos, passará por muitas mudanças.¹⁴⁶ Há necessidade, em um primeiro momento, de redução de acesso e, em seguida, de qualificação do acesso a estes tribunais. Por esta razão, o STJ, em breve, deverá contar com um filtro equivalente ao da repercussão geral, já existente no STF, reduzindo a admissibilidade dos recursos aos casos que possam ter impacto mais abrangente (EC 209/2012).

O STJ e STF passarão de Cortes Superiores, com a finalidade de garantir a correção e efetuar a revisão do direito, estabelecendo a jurisprudência, a Cortes Supremas, com a finalidade de aplicar o direito, interpretando o ordenamento jurídico e determinando os precedentes obrigatórios que serão seguidos pelos demais juízes e tribunais para garantir a unidade do direito.¹⁴⁷

A ação de reclamação, com importância tanto para as Cortes Supremas, como para os tribunais de apelação, terá por função principal a garantia da autoridade das decisões (art. 988, CPC).

O Ministério Público intervirá nos recursos repetitivos e nestas ações e deverá trabalhar pela garantia da unidade do direito, pela efetiva distinção, quando houver, entre o caso precedente e o caso que está sendo invocada a reclamação, assim como pela manutenção dos precedentes, quando ocorrer sua não observância (art. 991, CPC).

É importante referir ainda que, como somente o próprio tribunal poderá rever as suas decisões superando o precedente, a reclamação pode ser um instrumento, tanto para criação de distinções relevantes entre casos, quanto para a própria superação do precedente. Note-se que a reformulação do sistema pela Lei nº 13.256/2016 criou um possível conflito entre a necessidade de renovação do sistema e a dinâmica dos precedentes no tempo, que permite sua superação, e uma equivocada noção de eficiência, fundada exclusivamente na gestão dos recursos repetitivos. Será preciso reconhecer, para além do texto legal (arts. 1.030, I, a e b e 1.042, CPC), a possibilidade de recursos especiais e/ou extraordinários de revisão/superação, que permitam ao Ministério Público e aos demais legitimados garantir a unidade e a justiça do modelo de precedentes.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Sobre a teoria das Cortes Supremas, cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas, passim*.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas, passim*.

¹⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lana (Org.). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil. Avanços, Desafios e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p.487/506.

A função dos precedentes, portanto, é garantir a estabilidade, integridade e coerência do ordenamento jurídico sem engessamento, sendo atribuição do Ministério Público a garantia da ordem jurídica constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. Por esta razão, a atuação do Ministério Público nas Cortes Supremas torna-se extremamente relevante nos três tempos das normas-precedentes: na formação, na aplicação e na superação dos precedentes.

Assumir uma postura ativa em relação à seleção de casos, à orientação para aplicação dos precedentes já formados e à superação daqueles que eventualmente estiverem em contradição com os direitos fundamentais tutelados pelo Ministério Público é fundamental para o êxito da atividade ministerial no quadro do direito brasileiro atual.¹⁴⁹

4. Conclusões Parciais

As normas processuais fundamentais de direito processual civil estão previstas, conforme exposto neste trabalho, na Constituição, no capítulo das normas fundamentais, e esparsamente no Código de Processo Civil de 2015. Nada impede que possam ser igualmente identificadas na legislação extravagante e em atos de cunho normativo, como a norma que estabelece que cabe ao próprio Ministério Público identificar a presença de interesse público que enseja a sua intervenção como fiscal do ordenamento jurídico, e nada impede que o legislador ou a interpretação do direito através dos precedentes judiciais introduza novas normas fundamentais, ampliando o bloco de fundamentalidade inerente a estas normas.

As normas fundamentais, constituindo regras, princípios e postulados normativo aplicativos, têm o condão de auxiliar o operador do direito nas exigências advindas com o novo Código, facilitando o trabalho interpretativo. Como sabemos, texto e norma não se confundem, sendo a norma o resultado da interpretação, e não o seu objeto. Assim, compreendidas as normas fundamentais como vetores interpretativos, ao condensarem ideias e dispositivos fundamentais do ordenamento jurídico e, especificamente, do sistema processual civil, conferem unidade narrativa às normas processuais do CPC/2015, contribuindo na tarefa interpretativa e na operabilidade do novo Código.

O Código depende da prática jurídica para se fazer operativo, são as normas fundamentais que evitam que a aplicação do CPC resulte no contrário daquilo que se espera obter em um Estado Democrático Constitucional. No Estado Democrático Constitucional, a finalidade do processo é a tutela dos direitos, justa, adequada, tempestiva e efetiva.

Referências Bibliográficas

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e Processo Civil*. Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito. São Paulo: RT, 2016.

¹⁴⁹ Para uma compreensão dos problemas relacionados aos julgamentos nas Cortes Supremas cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 2ª ed. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada*. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010, p.329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Profª. Drª. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17-9-2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p.49/109, 2016.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, vol. 137, p.1-31, jul. 2006.

_____. Processo civil brasileiro e codificação. *Revista de Processo*. vol. 179, p.261, jan., 2010.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/ Educ, 2002.

ARAÚJO, Nádia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/104, p.337/349, jan./fev., 2014.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.225/236.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos, in: *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: _____. *Direito Processual Civil*. Ensaios e Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.74/75.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Marcial Pons: Madrid, 2011.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 70 ao 187. Vol. II. São Paulo: RT, 2016 (Coord. Geral Luiz Guilherme Marinoni. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero Org.).

BERALDO, Maria Carolina. *O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)*. Principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial. <http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA953794A4101537BA200B059B5> Acesso em 20 nov.2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.709/726.

_____.; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, (Coleção Repercussões do Novo CPC. Fredie Didier Jr. Vol. 13).

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, nº 3, 2012. Disponível em http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf Consultado em 23 nov. 2016.

_____. *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review*. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *La Costituzione e le Leggi per Attuarla* [1955/1959]. Milano: Giuffrè, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro*. Entre unidade e independência. São Paulo: LTr, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 188 a 293. Vol. III. São Paulo: RT, 2016.

_____. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 209, p.349-374, jul. 2012.

_____. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil*. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JR., Fredie. Art. 6º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____.; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: _____.; Leonardo Carneiro da Cunha. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.181/192 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 10, Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.).

_____. Art. 5º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____.; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e a Causa de Pedir*. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 23, jul./set., 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*. Teoria del Diritto. Roma/Bari: Laterza, 2007.

_____. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A filosofia analítica e a cultura jurídica no séc. XX*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

_____. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*. A Negociação de Acordos sem Concessões. 2ª ed. Trad. Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. Contra o Acordo. In: Owen Fiss. *Um Novo Processo Civil*. Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p.121/145.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo*. Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.67.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.301/310.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

_____. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Miguel Carbonell. México: Porrúa, 2010.

_____. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

_____. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2009.

KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationmaxime). In: Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.311/344.

LACERDA, Galeno, Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 2, nº 3, p.74-86, jul./dez. 1961.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007.

MACCORMICK, Neil. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Vol. 62, nº 3 (1976), p.305-317.

_____. *Institutions of Law*. An Essay in Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: O Processo Civil do Formalismo-Valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, vols. 1, 2 e 3.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Artigos 1º ao 69. Vol. I. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.263/282.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à Interpretação da Jurisprudência ao Procedente*. São Paulo: RT, 2015.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – negociação, mediação e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.253/274.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I*. Introducción. Madrid: Marcial Pons, 2014.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo*. Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, p.151/173.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione*. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2010.

_____. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Disponível em: <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>>. Acesso em 13 maio 2015.

POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.237/252.

SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, vol. 951, p.227-259, jan. 2015.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (Coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999. (Trad. para o português em TARUFFO, Michele. Relatório Geral. Abuso de Direitos Processuais. Padrões Comparativos de Lealdade Processual. In: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.385/410).

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.405/430 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p.169; CABRAL, Antônio do Passo. "O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, nº 126, p.69; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.81.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Art. 176. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.); FREIRE, Alexandre (Coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1.307/1.3078.

_____. Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato

Rezende; Helena Lana (Org.). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil. Avanços, Desafios e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p.487/506.

_____. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

_____; GOMES, Camila de Magalhães. O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova Fase Metodológica do Processo Civil. *Revista de Direitos Difusos*, ano XI, vol. 53, p.13/32, mar. 2011

_____. Apresentação. In: _____. (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

Moralidade nos Contratos Administrativos

Corruption, Morality and Administrative Contracts

Jessé Torres Pereira Junior*

Thaís Boia Marçal**

Resumo

Cenários de crise ético-institucional estimulam a oportunidade de conceber e tornar eficientes meios para prevenir e eliminar práticas irregulares e permitir reorganização da atividade contratual do estado, fundada no respeito à moralidade administrativa e no equilíbrio entre a tutela da probidade e a da segurança jurídica.

Abstract

In scenarios of ethical-institutional crisis, the opportunity arises to undertake the means to extirpate irregular practices and allow a reorganization based on respect for administrative morality. However, it is important to strike a balance between the protection of administrative probity and legal certainty.

Palavras-chaves: Corrupção. Improbidade Administrativa. Contratos administrativos. Segurança jurídica.

Keywords: *Corruption. Administrative dishonesty. Administrative Contracts. Legal certainty.*

Em cenário de crise institucional, os princípios constitucionais podem inspirar o estado democrático de direito no sentido de reconhecer a sociedade civil como a titular única das escolhas e prioridades condutoras de seus próprios e sobranceiros destinos, de que os poderes públicos devem ser não mais do que fiéis intérpretes e executores.¹

No âmbito das contratações públicas, sobejam questões acerca de como lidar com a prática de atos de corrupção descobertos após o transcurso de anos da realização

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo da EMERJ. Professor convidado de cursos de especialização da FGV-RIO.

** Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada pela EMERJ. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Associada do Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE). Advogada.

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Revisitando as teorias principiológicas no estado democrático de direito. *Fórum Administrativo*. vol. 16, nº 187, set. 2016, p.59.

de licitações públicas, por meio dos quais a administração identifica a proposta tida como mais vantajosa e, por isto, ensejadora da contratação do respectivo proponente, ao final dos certames competitivos.

E já nesse postulado, tido como o móvel de toda licitação – a escolha da proposta mais vantajosa –, surgem questões a desafiar providências pertinentes à moralidade nas contratações do estado: o que vem a ser a proposta mais vantajosa, a que alude o art. 3º da Lei nº 8.666/93? Será sempre a de menor preço? Outros elementos, além do preço, devem ser considerados na identificação da melhor proposta? Em caso afirmativo, como estabelecê-los objetivamente, de sorte a ter-se um padrão de julgamento que evite vícios invalidantes da licitação e da contratação?

A administração pública é titular, mercê da autotutela, do dever jurídico de declarar nulas ou de anular as licitações e contratações fundadas em atos administrativos cuja estrutura morfológica irreduzível se apresente viciada quanto a qualquer de seus elementos – competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Fazê-lo ou não o fazer concerne tanto à moralidade, quanto à segurança jurídica, dado que a nenhum título é lícito ou legítimo que a administração licite ou contrate pela via de atos viciados, vale dizer, praticados por autoridades sem a competência funcional devida, inobservada a forma exigida, versando sobre objeto sem interesse público, pretextando motivos (razões de fato e de direito que justificam a decisão) falsos, inexistentes ou inidôneos, ou com desvio de finalidade.

Contratos contaminados pela prática de atos de corrupção acrescentam teor inadmissível de dolo à conduta dos agentes públicos e privados envolvidos. Daí a relevância de fixarem-se *standards* que balizem as escolhas segundo as quais a administração pública orientará o seu comportamento de gestão dos contratos, sem violar a segurança jurídica.

Uníssona, embora matizada nos pontos que destaca aqui e ali, é a doutrina administrativista acerca da onipresença da moralidade nos atos e contratos administrativos.

Hely Lopes Meirelles² fez ver, de uma vez para sempre, que a moralidade administrativa é pressuposto de validade de todo ato da administração pública, nos termos do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Marçal Justen Filho³ acentua que a moralidade soma-se à legalidade, tanto que uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Em outras palavras, violá-los implicaria violação ao próprio direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.⁴

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.90.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p.65.

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.61.

José dos Santos Carvalho Filho⁵ afirma que o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos em sua conduta, devendo não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Maurice Hauriou⁶, no seu *Précis de droit administratif e de droit public* (Paris, 1927, p.420), destacava que a conformidade do ato administrativo com os princípios da boa administração deve ser fiscalizada pelo recurso fundado no desvio de poder, o qual incide sobre a zona da moralidade administrativa.⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ ressaltava que a moralidade administrativa atua como peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, pois é a partir da finalidade que é prevista em abstrato, sendo a partir da legitimidade, como resultado da aplicação, que a moralidade administrativa se define em concreto.

Toshio Mukai esclarece que:

A moralidade administrativa difere da moralidade comum porque ela busca e significa tão só que o agente público atue na condição de um bom administrador, como alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e, portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé; enfim, o princípio da moralidade administrativa requer que o administrador público, na prática de cada ato de sua alçada e competência, saiba discernir entre aquilo que é do bem daquilo que é do mal e, além disso, tenha no seu agir a preocupação constante do bom administrador, aplicando a lei corretamente, no sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado.⁹

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, sempre que se verificar que o comportamento da administração ou do administrado, que com ela se relaciona juridicamente, ofende a moral e as regras de boa administração, haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Fábio Barbalho Leite complementa que “o princípio da moralidade administrativa consubstancia cânone dos mais significativos para o controle dos atos administrativos. Ademais que apresenta campo semântico superior ao da legalidade, submetendo os atos administrativos a maiores exigências da Lei.”¹¹

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.19.

⁶ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris: 1927. p.420.

⁷ Cf. MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 4, p.211-215. jul./set. 1993.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.103.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.79.

¹¹ LEITE, Fabio Barbalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, p.241-260. out./dez. 1998.

Emerson Garcia¹² pontua que:

A moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Alexandre Santos de Aragão acrescenta que:

Hoje, estando a legalidade ampliada pela ideia da juridicidade, e estando a própria moralidade (tal como vários outros princípios antes considerados como metajurídicos) positivada na Constituição, passou a integrar o bloco de legalidade. Assim, um ato administrativo imoral, que foge ao que seria o comportamento de um “bom administrador”, seria também um ato ilegal por violação à mais importante de todas as leis, a Constituição.

Flávio Amaral Garcia sublinha que “a moralidade alcança não apenas o administrador público, mas também os licitantes. A despeito de seu caráter subjetivo – já que moral é um conceito aberto, sujeito a variações de época, de locais e de pessoas – implica a observância de comportamento ético no transcorrer das licitações públicas.”¹³

Em sede pretoriana, o Supremo Tribunal Federal tem por diretriz inarredável que o princípio da moralidade é de observância obrigatória no conduzir da administração pública. Assim:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOURO ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – CONTRARIEDADE AO ART. 164, §3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO-MEMBRO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

¹² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 43, p.110-137, abr./jun. 2003.

¹³ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.5.

DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA *EX TUNC*. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS-MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. – (omissis) *A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. (omissis)* (ADI-MC 2661, CELSO DE MELLO, STF) – os grifos não constam do original.

Ingressando no sistema de controle da esfera gerencial e operacional da atividade contratual do estado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁴ visualiza que “o ordenamento jurídico prevê diversos instrumentos de controle da moralidade administrativa, tais como: a ação de improbidade (art. 37, §4º, da CRFB e Lei nº 8.492/92), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB e Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (art. 129, III da CRFB e Lei nº 7.347/85), entre outros.”

Arremate-se com Odete Medauar: “a probidade administrativa, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa.”¹⁵

O direito público brasileiro há de passar do campo conceitual da moralidade, em que há consenso, para o do cotidiano das ações de gestão administrativa dos contratos, em que se divisam lacunas e fragilidades pelas quais se introduzem desvios da moralidade. Daí, na legislação recente e nas normas regulamentadoras da conduta administrativa, se observarem avanços na esfera da responsabilização de agentes públicos e privados, pessoas físicas e jurídicas, por danos morais e materiais que condutas ímprobos causem aos resultados de interesse público que a sociedade não mais tolera que sejam frustrados.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.97.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.153.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 43, p.110-137, abr./jun, 2003.

GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris, 1927. p.420.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

LEITE, Fabio Barbalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, p.241-260, out./dez. 1998.

MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. A moralidade administrativa como direito fundamental: moralidade condicionante da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 18, nº 71, p.103-126. abr./jun. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 4, p.211-215, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Revisitando as teorias principiológicas no estado democrático de direito. *Fórum Administrativo*, vol. 16, nº 187, p.52-60, set. 2016.

Deveres dos Administradores das Sociedades Anônimas

Jorge Lobo*

Sumário

1. Introdução. 2. Concepções sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores das Anônimas. 3. Deveres dos Administradores das Sociedades Anônimas ou Companhias. 4. Responsabilidade Social Empresarial.

1. Introdução

A gestão e representação da sociedade anônima assenta em três pilares, que se complementam: nos princípios de governança corporativa, que inspiram e norteiam a atuação diuturna dos administradores; nos deveres de diligência, lealdade e informação, que a lei impõe aos membros do conselho de administração e da diretoria executiva para o esmerado cumprimento de suas funções, atribuições e poderes; e na “responsabilidade social da empresa”, que abarca uma plethora de situações, que vão desde as estritamente financeiras e econômicas até preocupações com a biodiversidade e o ecossistema.

Na Revista do Ministério Público – Edição Comemorativa, 2015, páginas 933 a 949, tratei dos princípios de governança corporativa; agora, vou cuidar dos deveres legais dos administradores das sociedades anônimas e da “responsabilidade social da empresa”.

2. Concepções sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores das Anônimas

A interpretação e aplicação dos deveres legais dos membros do conselho de administração e da diretoria das sociedades anônimas dependem, fundamentalmente, da concepção adotada pelo exegeta em matéria de responsabilidade civil.

Para os prosélitos da teoria subjetiva e adeptos da máxima “não há responsabilidade sem culpa” (*“pas de responsabilité sans faute”*), cunhada por Jean Domat, inspirado no art. 1.383 do Código Napoleão¹, soberana conquista do liberalismo econômico, são pressupostos clássicos da responsabilidade civil: autoria, antijuridicidade,nexo de causalidade e dano, sendo certo que a antijuridicidade, *rectius*, a culpa *lato sensu* (dolo e culpa nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia), é o epicentro da responsabilidade.

* Mestre em Direito da Empresa da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

¹ “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence*”.

Para os objetivistas, a partir de uma visão sociológica do direito, dos valores de “solidariedade” e “equidade”, do dever de não causar dano a outrem e das transformações culturais, técnicas, tecnológicas, econômicas e sociais experimentadas pelo homem nos últimos cinquenta anos, as mais das vezes objeto de microsistemas, v.g., o Código de Defesa do Consumidor, o elemento subjetivo cedeu lugar a fatores objetivos de responsabilidade, sob a forma de risco criado, risco proveito e dever de garantia, razão pela qual o dano é hoje o elemento nuclear da responsabilidade civil e a responsabilidade civil deve primar pela reação a um dano injusto, pois todo dano injusto deve ser reparado, eis que o direito impõe a todos o dever (geral) de não causar dano a outrem ou, consoante os romanos, *alterum non laedere* ou *neminem laedere*.

E, dizem mais os objetivistas: em todo mundo civilizado, evoluiu-se da “antijuridicidade formal” para a “antijuridicidade material”, do “dano antijuridicamente causado” para o “dano injustamente sofrido”, sobrelevando atualmente o conceito de “dano injusto” sobre o de “dano antijurídico”, passando-se de uma “dívida de responsabilidade”, calcada na figura do causador do dano, para “um crédito à indenização”, centrada no sujeito lesionado.

No direito brasileiro, a culpa é a regra (art. 186 do Código Civil)², embora haja uma exceção expressa quanto à responsabilidade empresarial (art. 927, par. único, CC)³; no da Lei das Sociedades por Ações (LSA), a culpa (e o dolo), como fator de imputabilidade, está prevista no art. 158, inciso I, enquanto o inciso II, para a maioria, trata de responsabilidade presumida, em que se inverte o ônus da prova e, para uns poucos, de responsabilidade objetiva, sobretudo em relação à responsabilidade dos administradores de companhias abertas com dezenas, centenas e até milhões de acionistas e milhares de trabalhadores, credores e consumidores, particularmente no que diz respeito à chamada “responsabilidade social empresarial”.

3. Deveres dos Administradores das Sociedades Anônimas ou Companhias

(A) Deveres dos Administradores

A LSA impõe aos administradores:

- (a) o dever de obediência à lei, aos estatutos e às deliberações das assembleias gerais (implícito no art. 153 da LSA);
- (b) o dever de diligência no trato dos negócios sociais, obrando com elevado padrão de conduta, probidade e prudência (art. 153 da LSA), e seus desdobramentos:

² “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

- (i) o dever de gerir os negócios sociais com competência, tirocínio e honestidade;
- (ii) o dever de fiscalizar as atividades da companhia⁴;
- (iii) o dever de informar-se sobre os contratos celebrados ou em vias de celebração e quaisquer outros atos da companhia;
- (iv) o dever de investigar quaisquer fatos e ou atos de interesse da companhia, a partir do exercício consciente dos deveres de fiscalizar e informar-se;
- (c) o dever de lealdade, atuando de acordo com a ética empresarial e fidelidade ao objeto social e aos interesses da companhia (art. 155 da LSA) e, sobretudo, jamais “valer-se de informação (*privilegiada*) para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários” (art. 155, §1º, da LSA);
- (d) o dever de informar, aos acionistas e ao mercado, de forma honesta, clara, objetiva, completa e atual, a real situação dos negócios da companhia através de relatórios, fatos relevantes, comunicados formais, entre outros (art. 157, §4º, da LSA).

Os deveres de obediência, diligência, lealdade e informação, impostos pela LSA aos membros do conselho de administração e da diretoria – consequência natural e necessária dos *princípios da eticidade, moralidade e transparência* – visam à proteção da companhia, acionistas controladores,⁵ minoritários e preferencialistas e credores, daí por que deles se exige elevado padrão de conduta, formação e capacidade profissional e comprometimento com os objetivos sociais, sob pena de sanções civis, penais e administrativas. Os administradores que não seguirem à risca esses princípios de governança corporativa e/ou infringirem os deveres prescritos em lei ou nos estatutos respondem na forma dos arts. 158, I e II, da LSA e 186 c/c. 927 do Código Civil.

(B) Art. 153 da LSA: Dever de Diligência

O art. 153 da Lei de Sociedades Anônimas determina que o administrador desempenhe suas funções com cuidado e diligência, *verbis*: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

⁴ Os conselheiros fiscalizam o exercício dos poderes de gestão e representação da companhia pelos diretores, conforme determina o art. 142, III, da LSA; os diretores fiscalizam o trabalho dos empregados, prepostos e mandatários da companhia.

⁵ Com a separação da propriedade do controle das companhias, no conhecido “controle administrativo” ou “controle gerencial”, a observância desses deveres pelos dirigentes das anônimas de capital disperso ou pulverizado ou atomizado interessa também aos acionistas controladores. A propósito, João Eunápio Borges destaca que “a democracia dos acionistas se transformou em oligarquia dos diretores.” (*apud* LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima*. Ed. Aide. 1ª ed. p.45)

Ao tratar do dever de diligência do administrador, um *standard* de conduta sob a forma de um “conceito jurídico indeterminado”, Fábio Ulhôa Coelho leciona:

(...) o mais apropriado meio para a operacionalização do dever de diligência, segundo penso, é o de considerá-lo em relação aos cânones da “ciência” da administração de empresas (...). Diligente, de acordo com esta solução, é o administrador que observa os postulados daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha (...). Ou seja, se o administrador adotou determinada providência na condução dos negócios sociais, a indagação jurídica acerca do atendimento do dever de diligência na hipótese deve ocupar-se em compará-la ao que é assente entre os *experts* em administração de empresas (...). O administrador, em outros termos, deve empregar certas técnicas – aceitas como adequadas pela ciência da administração – na condução dos negócios sociais (...).⁶

Modesto Carvalhosa ensina:

Não basta em nosso direito, por sua inquestionável feição institucional, que o administrador atue como homem ativo e probo na condução de seus próprios negócios. São insuficientes as atribuições de honestidade, boa vontade, para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência, ou ambas. O próprio art. 152 expressamente estabelece esses requisitos ao falar em competência, reputação profissional e tempo de dedicação às funções (...).⁷

Fran Martins partilha da ideia de que é necessário que se exija do administrador da sociedade anônima comprovadas qualificações técnicas e profissionais como requisito adicional à conduta cuidadosa e honesta, que também deve estar presente.⁸

O dever de diligência, como “conceito jurídico indeterminado”, preleciona Flávia Parente, permite a análise, caso a caso, do desempenho do administrador e

⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.244.

⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. vol. 3. p.266.

⁸ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. vol. 2. p.362.

tem como um dos escopos resguardar o exercício de seu cargo, assegurando-lhe, desse modo, atuação independente, livre e desembaraçada, de forma a viabilizar a atividade econômica desenvolvida pela empresa⁹.

Em consequência, a responsabilização do administrador encontra-se sujeita à avaliação de sua atuação em cada caso em que se levam em conta as suas particularidades, como a decisão tomada, os riscos envolvidos e o conhecimento do administrador acerca da matéria submetida à sua apreciação; se, por um lado, o administrador é livre para atuar e decidir as estratégias da empresa, por outro, essa teoria não serve para respaldar fins escusos e atos temerários.

Nesse contexto é que surgiu a denominada *Business Judgement Rule*, padrão de conduta originado dos tribunais norte-americanos e que foi recepcionado pela nossa lei societária no art. 159, §6º¹⁰.

A aplicação dessa norma legal fica condicionada ao preenchimento de vários requisitos, conforme precedentes da Comissão de Valores Mobiliários¹¹:

- (i) Decisão informada: aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados.
- (ii) Decisão desinteressada: decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele;
- e (iii) Decisão refletida: decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão comercial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio.

Destarte, se a decisão não for informada, refletida e desinteressada, o administrador responde pelos prejuízos causados à companhia, aos acionistas e a terceiros.

⁹ PARENTE, Flávia. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p.41, 47, 72-73.

¹⁰ "Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...)

§6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia."

¹¹ Processos 2005/1443 e 21/04, julgados em 10/05/2006 e 15/05/2007, respectivamente.

(C) Art. 155 da LSA: Dever de Lealdade

O administrador de sociedade anônima deve sempre agir no interesse da companhia¹², empenhar-se, de boa-fé, na consecução dos fins sociais¹³, atentar para a função social da empresa¹⁴, não se omitir¹⁵ na proteção dos direitos da companhia¹⁶ e evitar que, por omissão voluntária e negligência, ela sofra prejuízo.¹⁷

(D) Direito à Informação: Direito do Acionista e Dever dos Administradores

Como acentua Díaz-Cañabate, o direito do acionista à informação “é uma exigência que responde à estrutura moderna da sociedade anônima”¹⁸ e, doutrina Joaquín

¹² “A nova lei brasileira, dando especial a esse assunto de magna importância para os acionistas, estipulou, neste artigo, que ‘o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter sigilo sobre seus negócios’ (...). Também mencionou, expressamente, a lei que ao administrador é vedado omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia, ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócios de interesse da companhia (...). Na verdade, o administrador deve se dedicar aos negócios sociais de modo a sempre não prejudicar a sociedade, seja por ação, seja por omissão. Se à sociedade cabe exercitar alguns direitos ou se surgem oportunidades de negócios que podem trazer vantagens para a companhia, o administrador deve ser diligente na prática de tais atos para que obtenha a sociedade sucesso nas suas atividades (...).” (MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Forense, 1978. vol. 2, tomo 2. p.381-382.)

¹³ “No art. 155, a Lei das Sociedades Anônimas estabelece o dever de lealdade, consagrando, no sistema brasileiro, o *standard of loyalty* do direito norte-americano, segundo o qual o administrador, na condução dos negócios sociais, deverá exercer seus poderes de boa-fé, tendo em vista os interesses da sociedade e não os seus próprios interesses ou interesses de outras pessoas, isto é, o administrador não pode se utilizar da posição que ocupa na companhia para obter qualquer benefício para si ou para terceiros.” (PARENTE, Flávia. *O Dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Renovar, 2005. p.150.)

¹⁴ “Consagrou também os deveres do administrador, em regra geral do mais alto alcance, ao estabelecer que deve o administrador exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse social da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa, o que dá a medida ampla e exata da responsabilidade (...).” (BULGARELLI, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. Ed. Atlas, ano 2001. p.183-184.)

¹⁵ “Ao referir-se a – *dever de lealdade* – quis o legislador elevar à expressão máxima o sentido moral das obrigações a cargo do administrador (...). Os deveres declinados no preâmbulo do artigo, de lealdade, reserva, encontram sua fórmula prática no chamado dever consigo mesmo, perante a própria consciência de administrador (...). Não pode o administrador concorrer com a sociedade e, muito menos, desviar para si ou para outrem negócio comercial em que a companhia estiver interessada, ainda que potencialmente. A omissão no exercício de suas funções resume-se no silêncio em relação a providências que lhe cabe tomar. A omissão a que se refere o item II tem feição dolosa ou intencional, consistente na abstenção consciente de tomar aquelas providências, quer no âmbito interno, ou disciplinar, quer no externo, negocial, administrativo ou judicial (...).” (MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Nova Lei de Sociedades por Ações Comentada*. Forense, ano 1977. vol. 2. p.718-719.)

¹⁶ “(...) Viola o dever de lealdade o administrador que se omite na proteção ou exercício de direitos da companhia. Também viola o mesmo dever o administrador que, para obter vantagens para si ou para outrem, não aproveite oportunidades de negócio de interesse da companhia. É de mister, entretanto, que essas oportunidades de negócios de interesse da companhia sejam evidentes, claras, incontroversas, não meramente aleatórias, discutíveis ou temerárias (...).” (BATALLA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Forense, ano 1977. vol. 2. p.704.)

¹⁷ “O administrador deve, portanto, servir à companhia, e não dela se servir; e, considerando que exerce uma função, as informações que obtiver e os atos que praticar no exercício do cargo, ou em decorrência do cargo, devem se pautar pela mais estrita lealdade à companhia e ao interesse social. Para tanto, o administrador não só não deve obter benefícios à custa da sociedade, como deve, por outro lado, evitar que a companhia, por ato ou omissão sua, sofra prejuízo ou deixe de auferir benefício.” (CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. Conselho de Administração e Diretoria, in *Direito das Companhias*. Forense, ano 2009. vol. 1. p.1129.)

¹⁸ DÍAZ-CANABATE, in: Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima, in: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p.171.

Garrigues, um dever da companhia fechada e aberta¹⁹, que deve prestá-la consoante o princípio da transparência, vale dizer, os administradores têm o dever legal e ético de divulgar, de forma sincera, ampla, completa, rápida, clara e objetiva, a situação passada, presente e futura das atividades e negócios sociais.

O direito à informação é um direito fundamental do acionista, que lhe garante exigir, dos controladores e administradores, na forma prevista em lei e no estatuto, dados e esclarecimentos sobre os planos e projetos da companhia e a gestão dos negócios sociais, habilitando-o a examinar, discutir e votar, com amplo conhecimento de causa, as matérias da ordem do dia nas assembleias gerais; a exercer o direito de preferência à subscrição de ações nos aumentos do capital social; a decidir-se, se e quando for o caso, a adquirir novas ações ou a alienar, no todo ou em parte, as ações que possui; a pleitear, em juízo, a anulação de deliberações assembleares tomadas em detrimento dos direitos e interesses dos acionistas minoritários e preferencialistas e dos interesses sociais e demandar a responsabilidade pessoal dos administradores por atos ilícitos e atos irregulares de gestão etc.

O direito à informação, por ser um direito fundamental do acionista, de caráter instrumental²⁰, inerente e decorrente do seu *status socii*, é essencial²¹, intangível, irrenunciável e irrevogável, absolutamente indispensável para o exercício de outros direitos, em especial o de fiscalizar o desempenho dos administradores; o de examinar livros, documentos e papéis da companhia; o de debater e deliberar nos conclaves de acionistas; o de apresentar protestos e impugnações para serem arquivados na sede social, após rubricados pelo presidente da mesa dos trabalhos etc.

Anote-se, ainda, que o direito à informação tem por finalidades munir o acionista dos elementos indispensáveis à tomada de decisões de interesse social e de cunho pessoal e patrimonial e ao exercício esclarecido de um eficiente e consciencioso “controle externo” da companhia e, outrossim, auxiliar os investidores na escolha de suas decisões.

¹⁹ “Junto ao direito subjetivo do acionista (direito de informação), ao qual corresponde o correlato dever da sociedade de facilitar os informes, aparece hoje um dever mais amplo, um dever de informação ao público, precisamente a cargo daquelas sociedades que fazem apelo ao crédito público, levando suas ações à Bolsa. Em tal caso, a marcha dos negócios da sociedade interessa ao público em geral, a todos os cidadãos que podem, talvez, querer ser acionistas da sociedade em questão, e que, por isso, têm o direito de ser informados do que ocorre no seio de determinada sociedade” (GARRIGUES, Joaquín. *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1971. p.174-175.)

²⁰ “Como se pode observar das anotações precedentes, é de natureza instrumental o direito à informação, porquanto serve ele de meio ao exercício de outros direitos, inerentes à condição de acionista. Repetindo a conhecida expressão de Jean Dabin, *qui veut la fin veut les moyens*, parece legítimo – e mais que legítimo, necessário – admitir que o direito à informação se acha implícito na sistemática das sociedades anônimas, mesmo naquelas fechadas, não adstritas às regras de *disclosure*, estatuídas no §§ 1º e 4º do art. 157. Nesses preceitos da Lei nº 6.404, a revelação, à assembleia-geral e ao público, de atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia, configura *dever de informar* que incumbe, tão somente, aos administradores de companhias abertas. Não se pode afirmar, todavia, que o mesmo dever não prevaleça no universo das companhias fechadas, ainda que, aqui, haja de ser cumprido sem a necessária observância daqueles específicos dispositivos legais. Em outras palavras, o dever de informar, em companhias abertas e fechadas, varia quanto ao modo de cumprimento, mas não quanto à substância, nem tampouco quanto à obrigatoriedade” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O conselho fiscal e o direito à informação*. RDM, 1982, vol. 45, p.30.)

²¹ “O direito à informação é indispensável do direito de fiscalização e, assim, embora não relacionado especificamente na lei, deve ser tido como essencial, no sentido de que não pode ser suprimido nem pelo estatuto, nem pela assembleia.” (COELHO, Fábio Ulhoa. ob. e vol. cit., p.259)

Em consequência, a informação, prestada pelos administradores da companhia aberta ao mercado, deve ser verdadeira, completa, consistente, tempestiva e atualizada²² e deve ser divulgada da maneira mais ampla possível em linguagem clara, objetiva e concisa (Instrução CVM nº 481, de 2009, art. 2º), sob pena de eles responderem na forma da LSA e do Código Civil pelos prejuízos que causarem ao patrimônio da companhia, dos acionistas ou de terceiros, conforme prevê a LSA.

(E) Art. 157, §4º, da LSA: Dever de Informar

(i) Normas Legais e Regulamentares sobre o Dever de Informar

O art. 157, §4º, da LSA determina:

Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. §4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

O art. 2º da Instrução CVM nº 358, de 2002, aduz:

Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou

²² "O direito à informação completa e imediata não é um privilégio. A empresa deve fornecer informações constantes e detalhadas a seus acionistas. Assim, tanto nas assembleias como nos relatórios da empresa, devem ser tornados públicos todos os elementos importantes à avaliação dos acionistas a respeito dos negócios e da situação financeira da companhia, abrangendo o montante das remunerações individuais dos administradores, o número das ações e de *stock options* que possuem, as suas vantagens diretas ou indiretas" (WALD, Arnoldo. *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: os direitos dos minoritários na nova Lei das S.A., in: Jorge Lobo (Coord.). A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.236). "No mundo contemporâneo, aplica-se às empresas a frase proferida a respeito da mulher de César: 'não basta ser, é ainda preciso parecer.' De fato, é dever do empresário, que abriu o seu capital, dar ciência do que está ocorrendo aos acionistas, transformando a tradicional assinatura do livro das antigas assembleias fictícias ou fantasmas num diálogo contínuo entre empresa e acionistas, com a criação e a manutenção de uma imagem adequada da empresa e da sua administração" (WALD, Arnoldo. *A sociedade de capital aberto e a informação do acionista, in Estudos e Pareceres de Direito Comercial: problemas comerciais e fiscais da empresa contemporânea*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.214.)

qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários.

A referida Instrução, em seu art. 3º, §5º, estatui: “§5º A divulgação e a comunicação de ato ou fato relevante, inclusive da informação resumida referida no parágrafo anterior, devem ser feitas de modo claro e preciso, em linguagem acessível ao público investidor.”

Portanto, *ex vi* do art. 157, §4º, da LSA e dos arts. 2º, I e II, e 3º, §5º, da Instrução CVM nº 358, de 2002, os administradores das companhias abertas têm o dever legal e regulamentar de informar, “de modo claro, preciso”, em tempo real e “em linguagem acessível ao público investidor”, à CVM, à BM&FBOVESPA e ao mercado, qualquer decisão ou ato ou fato sobre os negócios sociais que possa influir, de forma ponderável, (a) na cotação de suas ações e (b) “na decisão dos investidores de vender, comprar ou manter” ações da companhia, sob pena de responderem por ato ilícito.

(ii) O Fato Relevante e a Qualidade das Informações Divulgadas

O “fato relevante”, depreende-se da LSA e da Instrução CVM nº 358, de 2002, deve ser, em primeiríssimo lugar, verdadeiro, deve corresponder à real situação da companhia e, com certeza, deve ser sempre claro, preciso, objetivo, completo, atual, imediato, pois de sua fidedignidade em relação aos negócios da companhia depende a eficiência do mercado de capitais, a igualdade de tratamento e oportunidade dos investidores, a imagem e a confiabilidade das instituições etc., o que levou os doutos Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik a declararem, com ênfase: “(...) a divulgação pública de informações falsas (...) pode ser tida como manobra fraudulenta”²³.

Com efeito, é por meio desse importantíssimo expediente que as companhias abertas se comunicam com o mercado com a precípua finalidade de formar um ambiente de negociação transparente, que assegure a igualdade de informações entre os corpos diretivo e técnico do emissor e os investidores.

Por isso, ao versar sobre a matéria, Nelson Eizirik pontificou: “(...) o postulado básico da regulação do mercado de capitais, assim, é o de que o investidor estará protegido na medida em que lhe sejam prestadas todas as informações relevantes a respeito das companhias com os títulos publicamente negociados.”²⁴

E Luiz Antônio de Sampaio Campos disse:

²³ EIZIRIK, Nelson et CARVALHOSA, Modesto. *A Nova Lei de S/A*. Editora Saraiva. p.304.

²⁴ EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. RJ: Renovar, 2008. p.454.

(...) o fato relevante tem, então, por finalidade deixar o mercado informado no mesmo momento e de forma igual, de sorte a se manter a igualdade de oportunidade entre os investidores, se evitar a chamada “assimetria informacional” e permitir a eficiente formação de preços. Pretende-se, ainda, com o fato relevante garantir a confiabilidade do mercado. Todo o mercado deve ter a mesma informação e ao mesmo tempo e essa informação deve representar a informação necessária para que se tome uma decisão de investimento (...).²⁵

Luiz Antônio de Sampaio Campos reafirma, em outra passagem do seu estudo, que a veracidade das informações visa evitar criar confusão e falsas expectativas nos mercados, pois:

(...) nesse contexto, avulta o administrador da companhia como o primeiro e verdadeiro juiz do que vem a ser ou não fato relevante na companhia específica. É o administrador que deve avaliar e emitir um juízo a respeito da existência ou não, *in casu*, de fato relevante. (...) Sem prejuízo disso, o administrador deve avaliar se a divulgação da informação, no estágio em que se encontra, seria ou não precipitada (...). Todavia, o administrador deve estar atento para o fato de que, em certas situações, como disse a Circular CNMV 9/1997, “*una información sobre meras posibilidades no logra más que crear confusión y falsas expectativas em lós mercados.*”²⁶

E Marco la Rosa de Almeida e Valdo Cestari de Rizzo:

(...) da leitura dos dispositivos aplicáveis fica patente que a informação na companhia aberta destina-se ao mercado (...). Porém, aqui, mais que a obrigação de informar, o que deve haver é a obrigação de informar bem. Ou seja, ao mesmo tempo em que os acionistas devem ser informados corretamente, devem ser eles protegidos de manipulações de mercado (...).²⁷

A propósito da falsidade das informações e de suas nefastas consequências, o insigne Modesto Carvalhosa doutrina:

²⁵ CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. In: *Direito das Companhias*, cit. vol. I. p.1184-1185.

²⁶ CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. Ob. cit., p.1192.

²⁷ RIZZO, Valdo Cestari.; ALMEIDA, Marco La Rosa de. Do Direito do Acionista à Informação em Companhias Abertas e Fechadas. In: *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p.601.

(...) as informações e sua publicação, além de serem imediatas, devem ser precisas. As informações não podem ser falsas. Serão falsas quando, embora sejam literalmente verdadeiras, criam falsa impressão, porque mal formuladas. Tais informações são, evidentemente, fraudulentas, na medida em que conduzem o público, os acionistas e as instituições do mercado a uma impressão errônea sobre os fatos revelados (...).²⁸

Nelson Eizirik, a sua vez, sustenta: “(...) a divulgação pública de informações falsas com o objetivo de alterar a cotação das ações pode ser tida como manobra fraudulenta (...).”²⁹

(iii) A Prática do Guidance

A CVM exige que a administração da companhia aberta, quando for apresentar expectativas de desempenho futuro, quando tiver que prestar informação prospectiva de natureza quantitativa ou qualitativa, realize profundos estudos e pesquisas, acurada análise dos dados coletados, prudente decisão e ampla divulgação.

A propósito do assunto, o Ofício Circular CVM/SEP/001/2010, no item 24, diz:

Alguns emissores adotam a prática de divulgar ao mercado suas expectativas de desempenho futuro (*guidance*), tanto de curto como de longo prazo, principalmente no que se refere aos aspectos financeiros e operacionais dos seus negócios. Ressalte-se que tal prática é de cunho facultativo, e, portanto, tal decisão cabe ao próprio emissor.

E o Pronunciamento de Orientação nº 04, de 17 de abril de 2008, esclarece em sua ementa: “Melhores práticas de divulgação de informações sobre o desempenho futuro da companhia – *guidance*. Necessidade de padronização de divulgação. Como forma de contribuir para adoção de boas práticas de relações com investidores e governança corporativa.”

E conceitua o *guidance* como: “Qualquer informação prospectiva de natureza quantitativa ou qualitativa, fornecida pela companhia, sobre seu desempenho futuro”; e fixa como seus objetivos: “(a) aproximar a realidade experimentada por elas à expectativa do mercado; e, (b) *orientar* públicos específicos, tais como *acionistas, investidores, profissionais de mídia, analistas e outros profissionais de investimentos, dentre outros*”, advertindo: “O uso do *guidance* deve ser revestido de significativa prudência, de modo

²⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003. vol. 3. p.339.

²⁹ EIZIRIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. *A Nova Lei das S/A*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.538.

a não gerar expectativas indevidas dos investidores, bem como responsabilização junto a órgãos reguladores. Sua utilização por parte das empresas é opcional, mas, uma vez utilizado, estas deverão sempre assegurar a observância de equidade, consistência e frequência”, pois, acrescenta, o *guidance*, como eficiente “prática de governança corporativa”, visa “(...) a atingir o fim precípua de informação de qualidade.”

E, por fim, para tornar clara a responsabilidade da administração, declara o Pronunciamento de Orientação nº 04, de 2008, do CODIM, no item 6, (a), *verbis*:

Responsabilidades na divulgação de informação ao mercado: A Administração e a Área de Relações com investidores devem, ao divulgar *guidance*, estar cientes da responsabilidade legal da Administração, conforme previsto no artigo 157, parágrafo 4º, da Lei nº 6404/76, bem como das implicações quanto à reputação, imagem e credibilidade da companhia. A Administração responde perante a companhia e os acionistas pelos danos que lhes causarem decorrentes da divulgação de informações sobre o desempenho futuro não consistente com o desempenho efetivamente atingido pela companhia, salvo na ocorrência de fatores que não poderiam ser razoavelmente esperados, controlados ou previstos pela companhia.

A CVM, como se vê, impõe que a “administração” da companhia aberta, leia-se “os membros do conselho de administração e da diretoria executiva”, ao decidir adotar a “prática do *guidance*”, observe o Pronunciamento de Orientação nº 04, de 17.04.2008, do Comitê de Orientação para Divulgação de Informação ao Mercado, cumpra a Instrução CVM nº 480, de 2009, e o Ofício Circular CVM/SEP/001/2010, eis que, consoante destacou Jose Luiz Homem de Mello: “Qualquer informação prospectiva de natureza quantitativa e qualitativa sobre o futuro dos negócios da companhia ou de seus valores mobiliários... deve ser objeto de análise detalhada e prudente... em razão das responsabilidades aplicáveis.”³⁰

4. Responsabilidade Social Empresarial

Sob o nome de “responsabilidade social empresarial” (RSE), “responsabilidade social corporativa” (RSC), “responsabilidade empresária” (RE), “responsabilidade corporativa” (RC), “responsabilidade da empresa na sociedade” (RES), entre outras, a doutrina vem estudando os efeitos de políticas e decisões das companhias não apenas em um contexto econômico, mas também seus impactos no ecossistema, nas relações com investidores, credores e consumidores, que exigem estrita observância dos princípios de transparência e divulgação de informações, na produção e comercialização de produtos e serviços, nas condições de trabalho etc.³¹, consoante

³⁰ A nova companhia. Aberta. *Rev. Capital Aberto* de 05/2010, p.19.

³¹ Cf. RAGAZZI, Guillermo E. *Reflexiones en torno de la responsabilidad social empresarial*, Cuestiones actuales de derecho empresarial. Buenos Aires: Errepar, 2005. p.414.

a teoria que “a empresa é uma atividade humana do caráter interativo, que tem a finalidade de pôr à disposição do mercado certos bens materiais necessários à vida e ao desenvolvimento da pessoa humana”³² e, ademais, que a empresa não é um “ente isolado que existe no vazio”³³, mas, ao contrário, um “subsistema social que funciona dentro de um sistema social mais amplo”.³⁴

Sociedades empresárias, que pautam suas atividades pela RSE, “adquirem” um “ativo” adicional, representado por uma “imagem” aceita e admirada socialmente, que lhes permite acesso a certos mercados, nos quais os consumidores exigem serviços e produtos de qualidade, práticas corporativas éticas e transparentes, tratamento digno aos empregados, cuidado permanente com o meio-ambiente etc.

Por isso, “não casualmente”, observa Emilio F. Moro:

De modo paralelo a essa evolução (da RES), ganhou carta de cidadania – em resposta à gravidade mundial dos grandes cataclismos da última década – o conceito de governança corporativa, entendida como um catálogo de regras e recomendações tendente a mais transparência e eficiência no funcionamento interno das companhias que redunde em benefício de acionistas, credores, trabalhadores, investidores e demais autores sociais³⁵,

o que levou a doutrina estrangeira a discorrer sobre o “círculo de responsabilidade intrasubjetivo”, que abrange a boa prática dos princípios de governança corporativa e o fiel desempenho dos deveres legais, regulamentares e estatutários cometidos aos administradores, e o “círculo de responsabilidade intersubjetivo”, terreno em que se cuida da “responsabilidade social empresarial”.

³² PALADINO, Marcelo; MILBERG, Amalia. Conceptos y tendencias, in: *La responsabilidad de la empresa en la sociedad*. Construyendo la sociedad desde la tarea directiva. Buenos Aires: Emece (IAE Press), 2007.p.25.

³³ VITOLLO, Daniel R. Corporate governance en la nueva dinámica societaria a partir de la Sarbanes Oxley Act de los Estados Unidos. Difusión y reflexiones, en: EMBID IRUJO, Jose M.;VITOLLO, Daniel R. (Dir.). *Sociedades comerciales*. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.12.

³⁴ VITOLLO, Dasniel R., *loc. cit.*

³⁵ Daños punitivos y responsabilidad personal de administradores societarios, in: *Revista de Derecho Comercial*. Abeledo-Perrot. vol. 262. p.383.

O Transconstitucionalismo: Atualidades Constitucionais

Ricardo Diego Nunes Pereira*

“Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.”¹

Palavras-chave: Constitucionalismo Multinível. Jurisdição Global ou Jurisdição Constitucional Internacional. Relação transcendental permanente. Interjusfundamentalidade. Estado Constitucional Cooperativo.

O processo de globalização econômica, bastante acentuado após a Segunda Grande Guerra, trouxe consigo a ideia de eliminação de fronteiras nos mercados, o que se refletiu paralelamente no campo jurídico. Disso, questiona-se a tendência de flexibilização e de relativização da soberania do Estado em prol da universalização dos Direitos Humanos. Será isso possível?

Antes mesmo de responder a essa indagação, há que se expor uma conceituação rápida dos direitos humanos: Direitos Humanos são todos aqueles direitos ditos fundamentais (os individuais, os sociais, os econômicos, os políticos e um novo que é o ligado à democratização da informação). Fala-se aqui, resumindo, de direitos ligados à dignidade humana, sendo, como bem coloca Norberto Bobbio, levado em conta a liberdade igualitária e a igualdade libertária. Numa conceituação mais abrangente, constate-se o ensinamento do jurista Antonio Enrique Perez Luño (1990, p.48), quando diz que os direitos humanos são “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”, como é o caso do Brasil, que aceitou, na Constituição de 1988, diversos princípios basilares retirados dos fundamentos dos Direitos Humanos como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, proferidos no artigo 5º da CF.

Falando em plano nacional e internacional, necessário refletir um pouco sobre a história dos Direitos Humanos e sobre a dicotomia entre a universalidade e a particularidade de cada país, ou seja, sobre o alcance deles.

Os EUA foram o primeiro país a formular uma declaração de direitos do homem em 1776. Porém, é com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que podemos falar realmente de uma preocupação com os Direitos Humanos. “Liberdade e Igualdade!”, falavam os franceses na revolução. Mas, foi após a Segunda Guerra

* Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia. Advogado.

¹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.11/12.

Mundial que os Direitos Humanos ganharam um impulso estratosférico na agenda universal. Isso era porque, antes, a abordagem sobre esses direitos era mais filosófica, sem considerações materiais para a sua aplicação real. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (e com as Conferências Mundiais de Teerã, 1968, e Viena, 1993), os Direitos Humanos são realmente incorporados no ordenamento jurídico internacional, sendo a pedra angular neste processo.

O alcance desses direitos aumenta de forma intensa, sobrepondo todos os Estados à observação de seus fundamentos. Assim, o relativismo cultural cede lugar ao universalismo, na medida em que se considera a pessoa humana, o ser humano em si mesmo dotado de necessidades universais e por isso dotado também de valores universais. O princípio da dignidade humana supera o da autodeterminação das nações. Esses valores universais são, dessa forma, o objeto de Instituições Universais ligadas aos Direitos Humanos.

O problema, porém, não é, como postula Bobbio em seu livro *A Era dos Direitos* (1992), o da fundamentação dos Direitos Humanos, mas sim a questão de torná-los efetivos realmente. E efetividade desses direitos é uma palavra que adquire importância maior na medida em que se analisa o processo da globalização dita nefasta, a negativa. A mesma ordem econômica que favorece os países desenvolvidos é a que é responsável pelo extermínio de adultos e crianças diariamente, principalmente nos países de terceiro mundo ou subdesenvolvidos. A globalização negativa, ao contrário da positiva, gera fome e violência, além de injustiça social, onde a filosofia do lucro acima de tudo cega a visão do homem como bem supremo. É para combater em pé de igualdade essa “globalização da pobreza” gerada por um desenvolvimento às avessas que se criou e se cria cada vez mais condições para uma “globalização dos direitos”.

No Direito Constitucional, isso é sentido através daquilo que os autores, entre eles Dirley da Cunha², chamam de *relação transcendental permanente*, onde a visão, outrora somente local, restrita à base, ao Estado tão somente, lança seu foco para novos horizontes. É o Direito em permanente contato com outros sistemas, abrindo-se, sintonizando-se com os demais para identificar soluções que existem para o Direito.

Nesse contexto, inicia-se, historicamente, com uma ideia de Estado Democrático de Direito (centralidade da Lei), passa-se pelo Constitucionalismo contemporâneo (da pós-modernidade, neoconstitucionalismo) e, hoje, discute-se acerca do *transconstitucionalismo*.

O neoconstitucionalismo fincou bases para essa análise global. Foram três os seus marcos: *temporal-histórico* (reconstrução do continente Europeu pós-Guerra e reconstrução dos Direitos Fundamentais), *filosófico* (surgimento do pós-positivismo, associando o direito posto à ideia de justiça e moral – direito *pressuposto* mencionado por Eros Grau) e *teórico* (ideia de força normativa da Constituição, bem exposta por Konrad Hesse, dando plena normatividade e aplicabilidade ao seu texto).

² Palestra proferida no IV Congresso Jurídico Beneficente – Direito Público e Privado (novas perspectivas), 22 e 23 de setembro de 2011, Aracaju/SE, cujo tema apresentado em 23/09/2011 pelo professor Dr. Dirley da Cunha Jr. foi *Do Neoconstitucionalismo ao Transconstitucionalismo: a Construção de um Sistema Constitucional Globalizado?*

No âmbito interno, portanto, mais e mais eficácia tinha se dado ao postulado da dignidade da pessoa humana, efetivando-se o texto constitucional. E no cenário mundial?

O fenômeno de expansão da jurisdição constitucional vem, nesse toar, a fim mesmo de fortalecer e afirmar os direitos da pessoa humana (eficácia positiva e negativa dos direitos fundamentais, relacionando-se com a promoção e proteção dos mesmos, respectivamente). Estes (os direitos fundamentais) devem transcender as fronteiras estatais, entrelaçando-se às outras ordens jurídicas estatais, internacionais e supranacionais. Enfim, a ideia do transconstitucionalismo é pegar os fundamentos do neoconstitucionalismo e difundi-los.

Nesse ponto, expressões como “Transconstitucionalismo”, “Constitucionalismo Multinível”, “Jurisdição Global” ou “Jurisdição Constitucional Internacional”, “Interjusfundamentalidade”, “Estado Constitucional Cooperativo” entre outras vêm surgindo no vocabulário jurídico-constitucional contemporâneo.

Em apertada síntese, Marcelo Neves (2009) aponta em livro homônimo que o “*transconstitucionalismo*” enseja a aproximar ordens constitucionais com o propósito sinérgico de proteção dos direitos humanos em patamar internacional, criando-se laços de diálogo entre países sem olvidar o respeito cultural e jurídico de cada realidade; a segunda nomenclatura (“*Constitucionalismo Multinível*”) é de larga utilização nas teorias constitucionais que tratam acerca da proteção de direitos (inclusive, humanos e fundamentais) em diversos âmbitos de incidência normativa; a terceira expressão (“*Jurisdição Global*” ou “*Jurisdição Constitucional Internacional*”), consoante doutrina balizada, reafirma as colocações das duas anteriores do ponto de vista da aplicação das normas constitucionais em consonância com as observações do sistema protetivo dos direitos humanos internacionais, com a ajuda das Cortes Internacionais e Convenções eventualmente celebradas; já “*Interjusfundamentalidade*”, cunhada por Canotilho, realça a linha de raciocínio que concerne à interação decisória de Tribunais Constitucionais, Cortes Internacionais, Comunidades e outros organismos do Judiciário interno que detêm o poder jurisdicional para efetivação e concreção dos direitos fundamentais e seus superprincípios, como o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Por fim, a última expressão (“*Estado Constitucional Cooperativo*”) traduz o pensamento de Peter Häberle, o qual tem influenciado o desenvolvimento do Direito Constitucional, principalmente aqui no Brasil pelas decisões recentes encontradas na jurisprudência do STF, o que assaz sintoniza o país no âmbito do *Direito Judicial* (Cf. PEREIRA, 2012):

a) abertura do processo constitucional a uma maior pluralidade de sujeitos – os intérpretes em sentido amplo da Constituição numa “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) –, através dos *amici curiae* (com possibilidade hoje de até fazerem sustentação oral) e das audiências públicas (art. 9º da Lei nº 9.868/99), propiciando maior legitimidade democrática às decisões proferidas, sendo relevante ainda destacar que tais audiências devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça para conhecimento geral e imediato (art. 154 do RI/STF);

b) o pensamento das possibilidades ou indagativo (*fragendes Denken*), pelo que se revela que a Constituição não é norma fechada, mas sim um projeto (*Entwurf*) em contínuo desenvolvimento, tornando-se visível, segundo Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” a converter-se também em uma “teoria constitucional da tolerância”. Isso permite as perspectivas de novas realidades, numa “adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa”. No âmbito do STF, vale citar a sua influência na ADI 1.289;

c) dos seus estudos, retiram-se reflexões sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional (*Verfassungswandel*). Afirma Häberle que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, colocando-a em seu devido tempo ou integrando-a na realidade pública. É o que ele passa a chamar conceitualmente de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), pelo que se compreende supervenientemente uma dada norma. Por outras palavras, é dizer que a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma, por uma interpretação constitucional aberta situada num processo dialético, sendo mais defensável ainda que ocorra exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais;

d) em uma visão de Häberle de *Estado Constitucional cooperativo*, no contexto atual de abertura a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos e fundamentais, destaca-se sua influência no âmbito do Supremo a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar Peluso), defensável em conta do art. 4º, parágrafo único, e art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º da CF/88, pelo que adotou-se a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos com eficácia jurídica paralisante de disciplina normativa infraconstitucional conflitante (Cf. MENDES; VALE, 2009).

Contudo, com o transconstitucionalismo não se prega a ideia de “Estado Mundial” ou “Constituição Mundial”. Propõe-se, na verdade, que as ordens estatais, internacionais e supranacionais dialoguem, entrossem-se, persuadindo uma e outra pelas suas próprias decisões. Isso acontece com o próprio Supremo Tribunal Federal no Brasil, pois ele, em seus julgados, cita Tribunais Europeus e Americanos, com fim de fundamentar melhor suas teses.

Por certo a existência de Cortes Internacionais, tais como a Corte Interamericana, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou o Tribunal Penal Internacional, traz em seu âmago o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos e a aceitação da jurisdição obrigatória dessas Cortes nesses casos (como no caso da aceitação pelo

Brasil, no art. 5º, §4º, CF), lançando as premissas basilares em prol do surgimento e do desenvolvimento da denominada “*jurisdição constitucional internacional*”, aplicada em seu sentido correto, ou seja, de não ofensa frontal e absoluta da soberania estatal, cunhada, destarte,

A partir da abertura normativa constitucional à ordem jurídica internacional de proteção dos direitos humanos, seja pela conjugação dos ideais inspiradores do constitucionalismo e da internacionalização dos direitos humanos, seja pela própria estrutura normativa e principiológica da Constituição Federal de 1988. (RAMIRES, 2006).

Tais Tribunais, inclusive, apõem condenações em hipóteses de descumprimento. Cite-se, por exemplo, o caso da princesa Caroline de Mônaco, flagrada em posições íntimas. A Corte Europeia de Direitos Humanos repudiou tal ato, decidindo de forma diversa do próprio Tribunal Federal Alemão, pelo que condenou a Alemanha por isso. Outro caso é a submissão do Brasil ao Tratado de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), já que, estando submetido aos seus termos, sujeita-se às sanções em caso de seu descumprimento.

Ainda no lastro da dignidade da pessoa humana, tem-se que em 25 de agosto de 2009 fora promulgada pelo Brasil a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. O efeito imediato disso é que tal assunto passa a ser integrado no sistema brasileiro com força de norma supralegal, conforme orientação do STF, pelo que as demais normas infraconstitucionais devem obedecer sob pena de revogação.

E, nesse assunto específico, isso se mostra relevante, pois, embora o Brasil apresente um rol amplo de Leis e Decretos Regulamentares em favor das pessoas com deficiência, estes não gozam de eficácia plena, seja porque os Decretos não trazem força cogente, não havendo sanção imposta aos transgressores, seja porque todo esse emaranhado normativo surge de forma desordenada, dificultando, ao aplicador, a apreensão e correta aplicação dos seus dispositivos.

Com a ratificação da Convenção, várias obrigações são, de forma sistemática, estatuídas, sendo que, ainda, conforme o seu texto:

Qualquer Estado Parte do presente Protocolo (“Estado Parte”) reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Comitê”) para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.

E continua dizendo que “o Comitê levará confidencialmente ao conhecimento do Estado Parte concernente qualquer comunicação submetida ao Comitê. Dentro do período de seis meses, o Estado concernente submeterá ao Comitê explicações ou declarações por escrito, esclarecendo a matéria e a eventual solução adotada pelo referido Estado”, assegurando que

A qualquer momento após receber uma comunicação e antes de decidir o mérito dessa comunicação, o Comitê poderá transmitir ao Estado Parte concernente, para sua urgente consideração, um pedido para que o Estado Parte tome as medidas de natureza cautelar que forem necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima ou às vítimas da violação alegada.

De todo o estudo, conclui-se que os Direitos Humanos de um lado vêm assegurar e defender, além de outros pontos, aquilo que a globalização positiva produz e, de outro lado, vêm negar veementemente e lutar contra o arbítrio e a exclusão social que a globalização negativa gera. Não se pode substituir a dignidade da pessoa humana pelo mercado ou uma noção defasada de Estado e soberania. Liberdade, Igualdade e Dignidade são princípios basilares de qualquer sociedade realmente democrática que almeja sempre o desenvolvimento.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, julho-diciembre 2009, nº 12, p.121-146. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/137_162.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins, 2009.
- PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Direito judicial criativo: ativismo constitucional e Justiça instituinte. Análise de perspectiva do STF em sede de controle difuso de

constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, 18 mar. 2012. nº 3182 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21310>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 3ª ed. Madri: Teccnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed Territ*. Brasília, Ano 8, jan./jun. 2000. vol. 15, p.93-110 Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf>. Acesso em: 21 out. 2011.

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *A Jurisdição Constitucional Internacional: o acesso à Corte Interamericana como garantia constitucional*. PUC-SP, Mestrado, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/3/TDE-2007-04-03T11:24:39Z-2864/Publico/DIR%20-%20Rosana%20Laura%20de%20C%20F%20Ramires.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2012.

O Princípio da Cooperação Linguística nas Relações Contratuais: uma Análise Semântico-Pragmática à Luz do Direito do Consumidor

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*

Sumário

1. Introdução. 2. Direito e Linguagem: Jurislinguística. 3. Revisitando os Contratos no Direito Romano. 4. Entendendo os Contratos no Contexto Jurídico Atual. 4.1. A Função Social do Contrato. 5. Algumas Incursões nos Princípios Contratuais. 5.1. Princípio da Autonomia da Vontade. 5.2. Princípio da Boa-Fé Objetiva. 5.2.1. A Boa-Fé na Linguística. 5.3. Princípio da Força Obrigatória dos Contratos. 5.4. Princípio do Equilíbrio Econômico. 6. Os Princípios Contratuais no CDC: os Fundamentos da Vulnerabilidade. 7. O Princípio da Cooperação Linguística. 7.1. Correlação dos Princípios Contratuais Consumeristas e as Máximas de Grice. 8. A Vulnerabilidade como o Princípio Base do CDC: uma Inter-Relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana. 9. A Redação dos Contratos Consumeristas: entre a Transparência e a Máxima do Modo. 10. Considerações Finais. Referências.

Resumo

O contrato, instituto que congrega duas ou mais partes na sua formação, destina-se à produção de efeitos no mundo jurídico-social. A manifestação da vontade, elemento imprescindível para a celebração do contrato, dá-se pela linguagem. No contrato, as partes discutem seus efeitos, ajustando-os às suas vontades. No âmbito do Direito do Consumidor, esse acordo apresenta uma relação assimétrica, devido à vulnerabilidade dos consumidores, princípio que permeia a relação de consumo, reconhecido pelo sistema jurídico, tutela os direitos da parte vulnerável. Esse princípio é derivado dos princípios constitucionais: Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia. Analisaremos a vulnerabilidade jurislinguística dos contratos regulados pelo Direito do Consumidor, partindo de dois ramos da linguística: a semântica e a pragmática, para estudar a função e o sentido dessas vertentes no discurso. Adotamos os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica, com fundamento nos doutrinadores e na legislação vigente, seguindo duas vertentes: jurídica, de acordo com Cavalieri (2011), Stolze e Pamplona (2003), Marques (2005), Rizzato Nunes (2012), Nelson Nery (2003); linguística, Robles (2004), Grice (1967), Andrade (2014) e Cornu (1990). O objetivo deste trabalho consiste em uma análise da vulnerabilidade jurídica e linguística nas relações

* Mestre em Letras. Bacharel em Direito. Especialista em Português Jurídico, Gramática e Linguística, Direito Penal e Processual Penal. Professor da Universidade do Estado da Bahia.

de consumo à luz do CDC, apresentando os seguintes resultados: novas perspectivas da linguagem jurídica, despertando no profissional do Direito um estudo analítico da relação entre Direito e Linguagem, com ênfase na vulnerabilidade linguística.

Palavras-chave: Cooperação. Princípios. Boa-Fé. Consumidor. Contrato.

1. Introdução

O contrato existe desde que surgiu vida na Terra. Por isso, é importante seu estudo, não apenas do ponto de vista jurídico, mas também linguístico-social. O contrato não é nada mais do que um acordo de vontade entre as partes. Não existe acordo de vontade sem que as partes expressem seu pensamento, que se dá pela linguagem. As partes também estipulam as condições contratuais, considerando o princípio da cooperação linguística.

Nessa concepção, destaca-se a interface Direito e Linguagem. É inconcebível pensar a Ciência do Direito sem uma linguagem que a sirva. “O Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras, sem palavras não é nada.” (ROBLES, 2004, p.48) O Direito e a linguagem se confundem. As partes contratam fundamentadas em um princípio que concilia Direito e Linguagem. É o princípio da cooperação.

O princípio de cooperação linguística, criado por Grice (1975), define a boa formação conversacional e a cooperação dos interlocutores com o objetivo de que a interação da qual participam se desenvolva de forma clara, transparente. Associamos, portanto, o contrato, como negócio jurídico, ao princípio da cooperação, em que as partes convencionam o que contratar, como contratar e quais as obrigações decorrentes do contrato.

Como é evidente o princípio da cooperação nas relações contratuais, o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu Artigo 8º, elucida o princípio da cooperação ao determinar que “as partes e seus procuradores têm o dever de zelar pelo bom andamento processual, seja de forma positiva, auxiliando o juiz na identificação das questões de fato e de direito, seja negativamente, não atuando de forma protelatória”. É um dispositivo com base principiológica, atribuindo deveres e direitos aos sujeitos de uma demanda judicial, agindo com lealdade e boa-fé.

Ao princípio de conversação linguística, vinculam-se as máximas conversacionais ou princípios conversacionais que se referem ao comportamento linguístico dos falantes na interação, a saber: máxima da qualidade, máxima da quantidade, máxima da relevância, máxima do modo, definidas por Grice (1965). Essas máximas são imprescindíveis às relações contratuais, porque ajudam na celebração do contrato de forma equânime pautada no princípio maior, a boa-fé contratual.

Este trabalho se propõe à análise das relações contratuais, apresentando os princípios que regem esse negócio jurídico.

A pesquisa consiste em analisar a linguagem jurídica empregada nos contratos, tendo como objeto a cooperação linguística dos contratantes, partindo de dois ramos da linguística: a semântica e a pragmática. Dividimos a pesquisa em subseções. Na seção 1, fizemos alguns recortes acerca da relação Direito e Linguagem, considerando os aspectos semânticos, pragmático-discursivos do texto jurídico. Na segunda, uma sinopse da história dos contratos do Direito Romano à atualidade, com ênfase na função social do contrato, destacando-se os princípios contratuais. Ainda nesta seção, destacamos a base principiológica do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com enfoque na Vulnerabilidade e a dignidade da pessoa humana. Em seguida, correlacionamos os princípios contratuais com as máximas de Grice. Dessa forma, esperamos que a temática da pesquisa permita uma análise do princípio da cooperação e sua correlação com as máximas conversacionais, despertando nos profissionais do Direito um conhecimento linguístico para compreender os ditames contratuais, pautados em uma sociedade justa e equânime, visando à função social do Direito.

2. Direito e Linguagem: Jurislinguística

O Direito, intermediando demandas entre pessoas de naturezas diversas, como políticas, ideológicas ou econômicas, atua por meio da linguagem. Por essa razão, o Direito é uma das alternativas que o homem criou contra sua própria força bruta. Em vez das armas, usa as ideias e os argumentos. Isso se dá pela linguagem. Segundo alguns doutrinadores, o Direito é a própria linguagem. Gerard Cornu (1990) define a linguística jurídica como um ramo de estudo da linguística que estuda a linguagem do Direito. Desenvolvida nos últimos anos, a Jurislinguística apresenta uma estrutura binária: o estudo semântico das palavras e estruturas empregadas pelo Direito, haja vista os sentidos que esses enunciados apresentam no contexto jurídico e a ação do Direito sobre a linguagem como ação e interação. Em qualquer situação discursiva, não podemos deixar de considerar que a linguagem jurídica escrita ou falada é usada por sujeitos em situações discursivas e os enunciados são empregados para argumentar, fundamentar, ordenar e apresentam interesses diversos. Assim, a linguagem jurídica, para alcançar seus fins, deve ser objetiva, clara e coerente ao que se propõe. Define Robles (2004, p.53):

Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.

Falar em relação jurídica corresponde a falar em uma relação intermediada pela linguagem, fundamentada nos princípios do Direito e envolve dois ou mais sujeitos. Não há linguagem sem interação, pois os homens interagem no meio onde se

encontram graças à linguagem. Acerca dessa questão, parafraseamos os argumentos de Bakhtin (2011): a linguagem deve ser definida como lugar de interação social, o lugar de sujeitos ativos envolvidos em uma atividade sócio-comunicativa, sendo necessária a recepção. Mas, para haver essa recepção, é necessário que ambos compartilhem da temática discursiva. Não falamos em interação sem compreensão.

Como a linguagem cumpre a sua função sociocomunicativa se os interlocutores do discurso não interagem? Os envolvidos numa relação jurídica não estão situados fora da sociedade nem escrevem para eles próprios, mas para um ouvinte/leitor.

O contexto situacional determina a produção e o conhecimento do discurso jurídico, porque surge de uma situação social e interfere nessa situação. O discurso do advogado, por exemplo, é construído com o objetivo de fazer justiça para o seu cliente. Nos discursos jurídicos, os profissionais do Direito visam a demonstrar que a decisão é justa, útil e razoável.

3. Revisitando os Contratos no Direito Romano

Os romanos reportavam-se ao contrato como um acordo de vontade entre as contratantes convergindo para um mesmo ponto. No léxico jurídico, os romanos empregavam as palavras *pacto*, *convenção* e *contrato* com a mesma acepção semântica, embora apresentassem suas especificidades. Eram institutos do gênero contrato.

Na evolução do Direito Romano, apesar de existirem esses institutos como modalidades contratuais, só um tipo de contrato destinava-se a criar relações jurídicas obrigacionais. Era o *contractus*, os contratos reconhecidos pelo Direito moderno como contratos obrigatórios. Esse contrato era rígido, impunha aos contratantes obrigações e consequências. O acordo entre duas ou mais pessoas, tendo o mesmo objeto, não gerava obrigação (*obligation*), era o pacto (*pactio*). Dizia o jurisconsulto Paulo: *Ex nudo pacto non nascitur actio* (Do simples pacto, não nasce ação) e reforçado por Ulpiano: *Nuda pactio obligationem non parit obligationem* (O simples pacto não dá nascimento a uma obrigação, mas a uma exceção).

Com o progresso da humanidade, os contratos se transformaram, e os romanos definiram o contrato, inserindo-o no contexto jurídico. As relações contratuais passam a ser vistas como uma expressão jurídica, graças a Gaio que, ao sistematizar as fontes das obrigações desenvolvidas nas *Institutas*, de Justiniano, criou o contrato como uma obrigação, sendo, portanto, as convenções e avenças firmadas entre duas pessoas. (STOLZE e PAMPLONA, 2010, p.3) Os juristas romanos usavam diferentes categorias de contrato conforme a formalidade. Existiam os contratos *verbis*: celebrados mediante a troca de expressões orais, palavras certas e solenes. As palavras empregadas pelos contratantes constituíam a obrigação; contratos *litis*: exigiam a escrita, utilizavam o documento escrito como meio de prova de existência e conteúdo, caracterizavam-se pela inscrição no *codex*, (livro); contratos *re*: faziam-se pela tradição efetiva da coisa. Com a Lei das XII Tábuas, o Direito Romano passa a valorizar mais a escrita, considerando-a como forma de transmissão de informações e de obrigações.

4. Entendendo os Contratos no Contexto Jurídico Atual

O Contrato é um dos principais institutos jurídicos que regem as relações humanas. Preliminarmente, consideramos o contrato como um negócio jurídico, fundamentado na vontade, ajustada em um dado contexto que, em conformidade com a ordem jurídica, cria direitos e obrigações. Semanticamente, dizemos que o contrato é um acordo de vontade com a finalidade de produzir efeitos no mundo jurídico. O contrato, em uma linguagem mais simples, é uma *obrigação convencional*. Por isso, o legislador empregou essa expressão com referência aos contratos ao redigir o Código Civil de 2002 (CC/02):

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as *obrigações convencionais* de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público. (Grifamos.)

O contrato é um negócio jurídico lícito que repercute nas relações pessoais e socioeconômicas, cria, modifica ou extingue obrigações de natureza patrimonial. É formado pela conjugação de vontades dos contratantes que, tendo em vista o princípio de cooperação, almejam atender suas necessidades e desejos, fundados na função social, segundo os ditames da dignidade humana. Por isso, é necessário observar que a celebração, não importa a natureza, implica a observância aos princípios contratuais. As partes são livres para contratar, desde que atendam ao que prescreve o Artigo 421 do CC/02: *A liberdade de contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato.*

4.1. A Função Social do Contrato

Em Direito, o termo função social corresponde a um conceito semântico aberto, uma vez que está presente em quase todos os ramos da ciência jurídica, por exemplo, função social da propriedade, da empresa, da família etc. Nas relações contratuais, a função social atua como um paradigma contratual no limite da liberdade de contratar com vistas ao bem comum. Dessa propalada função, surgem os princípios contratuais. Apesar de este trabalho não ter como foco os princípios contratuais, julgamos procedente falar de alguns desses princípios a fim de relacioná-los com a linguagem dos contratos.

O Direito passou por mudanças socioeconômicas no tempo e no espaço, a exemplo da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que, mudando substancialmente o ordenamento jurídico brasileiro, elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio mor e determinou a elaboração de leis protetivas das relações de consumo. Em 1990, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e em 2002 o Código Civil. Esses diplomas legais deram um novo perfil às relações contratuais. Nesse cenário, destacamos a autonomia da vontade, boa-fé objetiva, função social e equilíbrio econômico.

5. Algumas Incurções nos Princípios Contratuais

5.1. Princípio da Autonomia da Vontade

As partes têm o poder de estipular livremente seus interesses, fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo princípio da função social, que obedecem às normas de ordem pública e aos bons costumes. Dessa forma, concordamos com Gonçalves (2013, p.20), ao dizer: “O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem pública”.

5.2. Princípio da Boa-Fé Objetiva

Embora tenha sido enfatizado no CC/2002, Art. 422, o princípio da boa-fé nos remonta ao Código Comercial de 1850, no Artigo, 131, I, expressa: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme à *boa-fé* e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.” (Destacamos.)

Fundamentando-nos em Cláudia Lima Marques (2009, p.45), definimos a Boa-Fé como uma atuação refletida no outro, haja vista a lealdade, transparência, direitos respeitados, sem causar vantagens excessivas ao outro, sem um lesar o outro.

5.2.1. A Boa-Fé na Linguística

Dentro da Linguística, a boa-fé objetiva compõe o princípio da cooperação. As partes deverão agir com lealdade e confiança, auxiliando na formação e na execução do contrato. As partes, regidas pelos ditames da boa-fé, da probidade e da ética, contratam. Do princípio da cooperação linguística, surgem os subprincípios ou máximas conversacionais.

Considerando esse princípio, na interpretação do contrato, é necessário ater-se à intenção das partes, não se apegando tão somente ao sentido literal das palavras. A boa-fé é um padrão de comportamento esperado do homem médio, o qual se propõe a impedir que uma das partes, ao exercer a liberdade, tenha uma conduta abusiva, iníqua, objetivando lucro desleal para si, tanto por parte do credor como do devedor, praticada tal conduta, poderá o contrato ser desfeito. Com o advento do CDC, o princípio da boa-fé objetiva foi amplamente difundido no ordenamento jurídico pátrio.

5.3. Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

O princípio clássico da força obrigatória dos contratos se fundamenta na máxima *pacta sut servanda* (o contrato faz lei entre as partes). Os contratantes, ao estabelecerem e aceitarem contrato, ficam subordinados à força vinculante contratual devendo, assim, respeitar e cumprir as disposições pré-estabelecidas dentro do âmbito do Direito. Havendo modificação em alguma das cláusulas, o proponente e o oblato necessitam

da anuência de ambos, para fazer mudanças contratuais, excetuando os casos previstos em lei, por exemplo, o caso fortuito ou força maior. Aplica-se cláusula *rebus sic stantibus* (estando as coisas assim ou enquanto as coisas estão assim) o que foi contratado não pode ser modificado, caso a situação dos contratantes permaneça na mesma situação.

5.4. Princípio do Equilíbrio Econômico

Esse princípio recebe influência do princípio da Isonomia, previsto na CF/88 – Artigo 5º *caput*, inc. I.

Na celebração contratual, uma das partes assevera possuir condições para cumprir as obrigações advindas da relação, porém, no decurso do contrato, podem ocorrer situações supervenientes, imprevisíveis e alheias ao contrato que causem obstáculo ao cumprimento do contrato. Nessa situação, o contrato deverá ser revisto ou até mesmo rescindido para não acarretar a situação patrimonial das partes ou da parte que sofrer o prejuízo. Este princípio encontra guarida na teoria da imprevisão.

6. Os Princípios Contratuais no CDC: os Fundamentos da Vulnerabilidade

Com a evolução das relações de consumo no Brasil, tornou-se necessária a elaboração de normas que estivessem em sintonia com os ditames de uma sociedade de massa formada no decorrer do século XXI. Instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o CDC foi resultado de uma expressa exigência prevista na CF/88 no Artigo 5º, inciso XXXII: *O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.*

Em 1990, o CDC foi promulgado, entrando em vigor no dia 11 de março de 1991, propiciou mudanças importantes, mudando substancialmente as relações de consumo no Brasil.

No campo linguístico, o CDC representa um avanço, pois é um microsistema, cuja linguagem não é tão técnica e complexa como a dos outros códigos.

7. O Princípio da Cooperação Linguística

A interação linguística não ocorre apenas quando um fala e o outro escuta. Ocorre quando interlocutores compartilham conhecimento, experiências, um influenciando o outro reciprocamente. “Faça sua contribuição conforme necessário, no estágio em que ocorrer, pelo objetivo aceito, ou direção da conversa em que está engajado.” (FIORIN, 2002, p.77)

Entre os vários teóricos desse princípio, destacamos Paul Grice (1975), que desenvolveu o Princípio da Cooperação, princípio geral que rege a comunicação e se constitui de quatro máximas, denominadas de Máximas Conversacionais.

Havendo uma violação às máximas, comprometerá o entendimento do discurso. Dessa forma, os interlocutores devem obedecer ao princípio da cooperação linguística para que alcancem os objetivos propostos na interação comunicativa. As informações

devem ser relevantes e relacionadas aos objetivos propostos (máxima da relevância). As informações devem apresentar uma gradação, compatível com o que se quer alcançar (máxima da quantidade). As informações devem ser claras e precisas para que sejam evitadas a obscuridade, a prolixidade (máxima do modo). As informações devem ser verdadeiras e não comprometer a interação (máxima da qualidade).

É necessário o estudo das máximas conversacionais, tendo em vista haver discursos em que a violação das máximas é necessária, “[...] como o discurso poético, que cultiva a ambivalência, o discurso eufêmico, que infringe a máxima da quantidade; o discurso irônico, que viola a máxima da qualidade.” (FIORIN, 2002)

7.1. Correlação dos Princípios Contratuais Consumeristas e as Máximas de Grice

Sendo o contrato um acordo de vontade firmado entre as partes, obedece aos requisitos legais. Esse acordo dá-se pela linguagem e se fundamenta no princípio do consensualismo, que, do ponto de vista linguístico, corresponde ao princípio da cooperação definido por Grice. (1967, p.126)

O princípio da cooperação é um dos princípios universais que norteiam as relações sociais e dentro dessas, as contratuais. Um falante, ao interagir, utiliza inconscientemente, diversas regras universais e linguísticas imprescindíveis ao discurso. Conforme esse princípio, o interlocutor preocupa-se com a interação de maneira mais completa e explícita possível a fim de que todos os enunciados sejam, corretamente, interpretados. Nas relações contratuais, essa preocupação também deve ocorrer. Sem cooperação entre as contratantes, não haverá uma equidade, tampouco interação.

Essas máximas, aplicadas ao Direito, ensejam o consensualismo contratual, permitindo que haja uma cumplicidade entre as partes para que o contrato, nos limites legais, seja bem sucedido. Basta o acordo de vontade para nascer o contrato. Esse consensualismo se dá pela manifestação de vontade que ocorre através da linguagem, seja verbal ou não verbal. Por isso, relacionamos o princípio do consensualismo contratual ao princípio da cooperação definido por Grice.

Quando dois indivíduos interagem, há leis implícitas regendo o ato comunicativo. Isso significa que, inconscientemente, os interlocutores expressam a mensagem linguística, segundo certas normas comuns caracterizadoras de um sistema cooperativo entre eles. Essa interação ocorre baseada na proposição: coopere com a conversação, atendendo ao solicitado na hora certa, visando aos propósitos comuns aos interlocutores.

Partindo dessa fórmula, Grice (1975 [1967], p.126-127), com fundamento na teoria kantiana, definiu o princípio de cooperação, que ocorre graças às máximas conversacionais, também chamadas de subprincípios conversacionais. O interesse de Grice consiste em verificar como os interlocutores conseguem expressar e entender o que está sendo transmitido mais do que está sendo dito literalmente. Considerando a cooperação, postula-se que as categorias devam ser cumpridas a fim de que as negociações linguísticas aconteçam. São:

Máxima da Quantidade: relaciona-se com a quantidade de informação fornecida na interação. As informações devem ser necessárias, correspondendo ao Princípio da Equidade Contratual, que objetiva Justiça Contratual, resultando no equilíbrio de direitos e deveres contratuais.

Máxima da Qualidade: as informações devem ser verdadeiras. Essa máxima relaciona-se com as proposições: não afirme o que é falso, ou as partes acreditam ser falso; não afirme o que não pode ser cumprido ou evidenciado, diz respeito ao princípio da boa-fé contratual, um princípio ético-jurídico imprescindível à validade do contrato. Trata-se da coerência entre intenção e ação. Por isso, Artigo 51 do CDC e seus incisos anulam as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas injustas, abusivas, as que colocam o consumidor em uma situação de desvantagem exagerada. São cláusulas incompatíveis com a boa-fé.

Máxima da Relação: o que é falado deve ser pedido. Não fugir do tema proposto e o que está sendo tratado deve ser relevante. O contrato deve versar sobre o que as partes estão ajustando.

Máxima do Modo: o que está sendo tratado deve ser claro, breve e ordenado. Para isso, devem-se evitar obscuridade e ambiguidade. Essa máxima relaciona-se com o princípio da transparência previsto no CDC. Serão consideradas nulas as cláusulas contratuais que apresentarem uma redação obscura, ambígua, de complexidade interpretativa para o consumidor. Por isso, as cláusulas devem ser redigidas de forma clara e de fácil interpretação.

De modo geral, as máximas de Grice são associadas ao princípio da transparência do CDC.

8. A Vulnerabilidade como o Princípio Base do CDC: uma Inter-Relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana

Considerando o CDC como o diploma fundamental para regular as relações de consumo, que elegeu a vulnerabilidade como princípio base dessa relação, julgamos procedente a análise semântico-jurídica das palavras vulnerabilidade/hipossuficiência. Essas palavras, às vezes, apresentam contiguidade semântica, nas relações jurídico-consumeristas, porque a lei não contém palavras inúteis. Quando o legislador as usa, tem uma justificativa. A interpretação e aplicação do Direito são feitas não apenas partindo de elementos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos da situação casuística na qual serão aplicados, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser].

O termo *vulnerabilidade* origina-se do latim *vulnus, vulneris*, corresponde à condição de estar ferido, atingido nas suas capacidades. Segundo Claudia Lima Marques (2010, p.87), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. A vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Para chegar à vulnerabilidade, princípio que norteia o CDC, consideramos os dois princípios constitucionais basilares de nosso Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (Art. 1º III) e o princípio da Isonomia (*caput*, Artigo 5º), ambos da CF/88. O Inciso I, do Artigo 4º do CDC, preconiza que o Consumidor é vulnerável. Essa afirmação é uma primeira medida da isonomia, conforme Rizzato Nunes. (2009, p.194) Falar em igualdade do ponto de vista constitucional, embora pareça uma contradição, é imprescindível, sobretudo, uma interpretação sistemática e adequada da fórmula aristotélica em uma máxima da Justiça Equitativa: “Dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade”. Rui Barbosa (2003, p.43), reinterpreta, disse:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade a que o dispositivo constitucional se refere trata do aspecto formal, ou seja, a aplicação da lei. Deve, portanto, o magistrado ou intérprete dar tratamento igualitário a todos. No aspecto material, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando atingir a igualdade formal. É o princípio da Isonomia, que consiste no tratamento igual. Segundo Rizzato Nunes (2010, p.87), é exatamente da discriminação que nasce esse princípio. O termo discriminação neste caso, não corresponde ao ato de segregação, exclusão social, mas sim especificar, avaliar, considerando-se aspectos relevantes para a aplicação da Justiça.

Proteger o vulnerável significa concretizar o princípio constitucional da igualdade. Não podemos jamais negar a proteção do consumidor em relação ao princípio da isonomia, pois, considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas é violar o princípio da Isonomia na sua essência. Por exemplo, um agricultor, cidadão comum, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição bancária, pode, do ponto de vista jurídico, discutir, de forma igual, as cláusulas contratuais com o gerente que analisará e aprovará o cadastro?

Estaríamos, assim, violando a igualdade formal e a desigualdade material, uma vez que, naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual.

9. A Redação dos Contratos Consumeristas: entre a Transparência e a Máxima do Modo

Como o cerne deste trabalho é a vulnerabilidade linguística nas relações contratuais, não poderíamos deixar de fazer algumas incursões acerca da redação

contratual, preservando, sobretudo, o princípio da transparência vinculado à máxima do modo em que deve prevalecer a clareza, linguagem direta, sem frases truncadas, em prosa e de natureza afirmativa. Não se trata de retórica, mas de estruturas sem redundância e circunlóquios que devem ser claras e precisas para evitar ambiguidades.

Não devemos usar o adjetivo, porque é pernicioso ao texto, devido à função subjetiva que essa classe gramatical exerce. A redação dos contratos precisa ser em prosa e caracterizada pela clareza, acuracidade, simplicidade e brevidade. Na relação contratual, o advogado não pode ficar limitado aos conhecimentos jurídicos. Faz-se necessário um aprofundamento no negócio explorado no contrato. Por exemplo, um contrato de exportação, o advogado não precisa conhecer tudo de exportação, mas o contrato será melhor redigido se o jurista compreender as técnicas da exportação, a oscilação do produto no mercado, o tipo de produto a ser exportado, a aceitação no mercado, safra, entre outros, para uma eficiente implantação do empreendimento. Primamos pela clareza tanto no aspecto linguístico como no conceitual, conforme prevê o Art. 54, §3º do CDC: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

Como o contrato destina-se a um público diversificado, atinge diferentes camadas sócio-culturais e econômicas. Para tanto, a linguagem deve ser clara, específica e de fácil compreensão pelo cidadão comum. Na redação das cláusulas contratuais, defende Nelson Nery Jr. (2009. p.486/487):

[...] especialmente das cláusulas contratuais gerais que precedem futuro contrato de adesão, compreende a necessidade de desenvolver-se a redação na linguagem direta, cuja lógica facilita sobremodo sua compreensão. De outra parte, deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário.

Não basta o emprego de termos comuns, a não utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor.

É necessário dar condições para que o consumidor tenha conhecimento do conteúdo do contrato. Esse conhecimento não significa apenas conhecer, ler as cláusulas contratuais ou estar de acordo com elas, é imprescindível que o consumidor tenha conhecimento efetivo do conteúdo do contrato, sabendo, assim, de fato e de direito, o que está contratando.

Isso tem fundamento legal no Artigo 46 do CDC, *in verbis*:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A lei, com seu caráter teleológico e finalístico, prevê o dever de o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres decorrentes do contrato, sobretudo, das cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, segundo o Art. 54, §4º do CDC, deverão vir destacadas nos contratos de adesão.

O princípio da clareza, advindo da Informação, é um dos direitos fundamentais do consumidor reconhecido pelo próprio CDC:

Art. 4º II – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Ainda sobre a temática, defende Nelson Nery Jr. (*op. cit.*, p.543-544):

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário. Não basta o emprego de termos comuns, a não utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso

que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor. A avaliação da efetiva compreensão da cláusula pelo consumidor depende do caso concreto. Sendo o consumidor pessoa de nível universitário, normalmente terá maior facilidade de entendimento do conteúdo de determinada cláusula contratual do que o consumidor com instrução primária sem domínio razoável da língua portuguesa.

O princípio da transparência, decorrente da clareza na linguagem e da informação, relaciona-se com a máxima do modo, a qual corresponde à noção de concisão e objetividade. Do ponto de vista jurídico, o contrato, atendendo à sua função social, deve ser firmado nos ditames da boa-fé, da transparência e da equidade; do ponto de vista linguístico, deve, sobretudo, atender à máxima do modo. As relações contratuais devem ocorrer em uma linguagem formal, ordenada, clara e breve. É por meio da linguagem que o Direito se aperfeiçoa. Certamente, a falta de interação linguística nas relações contratuais impede que os consumidores em situações vulneráveis exerçam a sua cidadania e a liberdade de contratar. Nesse contexto, vislumbra-se a cooperação linguística.

10. Considerações Finais

É impossível haver Direito sem linguagem. As origens do Direito ocidental remontam à época quando a Gramática Grega inspirou as fórmulas pretorianas, direcionando tudo a ser seguido. Como a gramática estava a serviço da norma padrão, o Direito também era normativo e distante daqueles que não tinham acesso ao conhecimento e, por isso, não tinha como defender seus direitos. Surgiram a necessidade e a importância da redação de leis com clareza. A relação da língua com o Direito é tão íntima que a Ciência Jurídica possui termos que apresentam um sentido autônomo não alcançado pelas outras ciências. As palavras assumem determinadas acepções semânticas não comuns a outras áreas. Em qualquer período da história, a linguagem será a principal ferramenta do Direito, sendo, portanto, a *conditio sine qua non* para existir o Direito. Afirmamos não ser possível pensar o Direito sem linguagem. Essa capacidade instrumental da linguagem confere ao Direito a condição de Ciência. O Direito utiliza os recursos linguísticos da mesma forma que um operário usa suas ferramentas de trabalho. Sem elas, não seria possível executar a atividade a que se propõe.

Sendo o contrato um acordo de vontade em que as partes negociam, estipulam condições, obedecendo ao ordenamento jurídico, é imprescindível que a linguagem seja clara para que, em obediência aos princípios contratuais da boa-fé, da transparência e da cooperação, os contratantes alcancem seus objetivos de forma recíproca. Por isso, a vulnerabilidade linguística, apesar de pouco estudada no ordenamento jurídico,

especialmente nas relações de consumo, deve ser um dos princípios que norteiam os contratos. Uma linguagem incompreensível, restrita ao meio acadêmico coloca o cidadão comum em uma relação de desigualdade em determinadas situações fáticas em que se discute o bem da vida. Aí, está presente a vulnerabilidade linguística presente nas relações, tanto nas consumeristas quanto nas contratuais. O consumidor é vulnerável na relação consumerista, não importa a espécie de vulnerabilidade a que estamos nos referindo. O importante é reconhecer que a vulnerabilidade está na gênese da elaboração do CDC.

Não estamos defendendo a supressão dos termos técnico-jurídicos da líder do profissional do Direito, tampouco a vulgarização da linguagem, uma vez que toda ciência tem seus termos peculiares. O Direito é uma dessas ciências.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. Acreditamos, portanto, que os ditames de uma sociedade fraterna iniciam-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir no processo social, expressar o seu pensamento. Esperamos que esta pesquisa sirva como ponto de partida para novos estudos na seara do Direito e suas interfaces com a linguagem.

Referências

Linguística

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *Vulnerabilidade Linguística nas relações de consumo*. Tese apresentada e defendida no XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/ IV Seminário Internacional de Direito do Consumidor, promovido pelo BRASILCON, Gramado – RS, 12 a 15 de maio de 2014.

BAKHTIN, Mikhail. *Estética Da Criação Verbal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORNU, G. *Linguistique juridique*. Paris: Montchrestien, 1990.

GRICE, Paul H. *Logic and Conversation*. Harvard University Press, 1975.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. São Paulo: Editora Manole, 2008.

Legislação

BRASIL. *Código Civil 2002*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração de *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

Doutrina

BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria Geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Ática, 2012. vol. 5.

MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.554-555.

NUNES, Rizzatto. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

_____. Publicidade & Consumo. In: *Consulex*, ano XV, nº 349, edição de 1º de agosto de 2011, p.24-27.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Brasília, a Versalhes de Luís XVI no Brasil 2018¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Qualquer analista imparcial e não comprometido com o gozo de benefícios e privilégios “auto assegurados”, em Brasília, percebe que, se políticos e burocratas não mudarem de mentalidade, o Brasil será o mais forte candidato a reeditar o drama venezuelano, a médio prazo, no cenário mundial.

Não discuto, neste breve artigo, a idoneidade dos membros dos Tribunais Superiores e do Ministério Público, aparentemente não contaminados pela avalanche de investigações, denúncias e condenações que atingiram os componentes dos outros Poderes, até porque, sendo o Poder Judiciário um poder técnico e o Ministério Público uma função essencial à administração da Justiça, seus integrantes são, na expressiva maioria, aprovados em duríssimos concursos em que o exame de seu passado ético sofre também severa avaliação. Particpei da banca de três concursos de Magistratura (aprovamos, ao todo, menos de 100 magistrados, nos 2 concursos federais e no do Estado de São Paulo, entre 6.000 candidatos). Sei, portanto, do rigor e das dificuldades que lhes impusemos, para conhecer sua competência e vocação.

Tais instituições, todavia, que são técnicas e não políticas, ao arrepio da Lei Suprema, passaram a entender que poderiam substituir os poderes políticos dos governos, neles interferindo, como se legisladores ou executivos fossem.

O terceiro rebaixamento do Brasil no grau de investimento por importante agência de “rating” só ocorreu por força da paralisação das reformas, cujo principal responsável foi o antigo Procurador-Geral da República. Numa nação em que a escandalosa carga tributária beneficia fundamentalmente os burocratas e políticos, sem reverter, em benefício do povo, serviços públicos na proporção de sua cobrança, é de estarrecer a decisão monocrática de respeitado ministro da Suprema Corte, que autorizou aumento do funcionalismo federal que fora suspenso pelo governo, em face do acentuado déficit das contas públicas.

Em outras palavras, o Brasil passou a ser um país menos confiável para receber investimentos pela incapacidade dessas autoridades em perceber que o que gera tributos (para que possam continuar nos seus postos), o que gera emprego, o que gera desenvolvimento são investimentos, que o governo não tem nem recursos suficientes para estimular e tampouco prestígio internacional para receber na proporção que a grandeza do Brasil mereceria.

¹ Texto publicado no *Jornal O Estado de São Paulo* em 25/jan./2018.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU) / Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS).

Por outro lado, os participantes dos governos anteriores, que colocaram assaltantes públicos em empresas estatais, gerando prejuízos monumentais por corrupção e incompetência na Petrobrás, BNDES e outras entidades públicas sustentadas pelos contribuintes brasileiros, além de provocarem inflação de 2 dígitos, desemprego acentuado, PIB negativo, recessão, queda na balança comercial e monumental atraso na eventual inserção brasileira no comércio internacional, protagonizando um populismo deletério e corrosivo, continuam lutando para impedir as reformas saneadoras! E desafiam a Justiça do país, apoiados por notórios violadores da lei, especialistas em promover invasões de terras e de prédios, sob a alegação que o “direito” por eles ditado é que deve prevalecer sobre o que foi aprovado pela Constituinte ou pelo Poder Legislativo. Investigada Senadora da República, defensora no Brasil do ditador Maduro, chegou a dizer que se o presidente Lula for condenado e preso haverá mortes!!!

Infelizmente, todo este cenário de desajustes, em que bons e maus se unem para impedir o avanço das reformas necessárias, objetivando garantir seus privilégios, concentra-se na capital do país, cidade absolutamente divorciada da realidade brasileira e em nada semelhante à de um país como, por exemplo, a Suécia, no qual os magistrados da Suprema Corte vão de bicicleta ou de trem para o Tribunal, o que não ocorre no Brasil.

Quem estuda a Revolução Francesa impressiona-se com a alienação da corte de Luís XVI sobre a realidade francesa, que resultou, em 1789, na Revolução e, dois anos depois, na derrubada do próprio Luís XVI e sua corte, quando se instalou a denominada Era do Terror. O comportamento pessoal de Maria Antonieta e Luís XVI, mesmo na prisão, antes do cadafalso, foi de muita dignidade, lembrando-se que há pedido de reabertura do processo de beatificação de sua irmã. Sua brutal insensibilidade, todavia, ante a realidade francesa – a frase de Maria Antonieta “se não tem pão, que o povo coma brioches” é paradigmática –, levou à queda de todo um regime, abrindo espaço aos desmandos, à execução de Robespierre e ao domínio posterior de Napoleão.

A Corte de Versalhes estava distanciada da realidade francesa, como a Corte brasiliense de burocratas e políticos está distanciada das necessidades brasileiras, pouco sensível ao alerta de especialistas no sentido de que, se tais reformas não vierem, o Brasil dificilmente sairá da crise, apesar de alguns resultados positivos do atual governo, nada obstante as resistências, com inflação abaixo da meta (-3%), PIB positivo, juros bem inferiores aos do período Lula-Dilma, emprego em alta, maior saldo da balança comercial etc.

Quando, como mostrou Ruy Altenfelder em artigo para este jornal, a média de pagamentos previdenciários para os servidores públicos da União está em torno de 15.800 mensais e, para o povo, que sustenta tais benefícios (regime geral), de 1.900 reais – nenhuma diferença é tão grande entre todos os países desenvolvidos ou emergentes de expressão –, é de se perceber que a elite brasiliense, como a Corte de Luís XVI, é hoje o principal obstáculo a que o Brasil progrida. A ela se acresce o populismo daqueles que levaram o país, no passado, ao caos econômico e a corrupção deslavada.

“*Quo usque tandem abutere, patientia nostra?*”, diria Cícero à Corte brasiliense, se vivesse no Brasil de 2018.

Conversão de Multas Ambientais

Jessé Torres*

Conta-se que prestigiosa instituição cultural empenhou-se na importação de uma múmia para compor o acervo de seu museu de egiptologia, todavia, enfrentava o aflitivo dissabor de ver embargado o ingresso da peça no país porque os agentes alfandegários não conseguiam enquadrá-la em norma alguma de autorização. Desafiado a examinar a questão, veterano especialista em administração aduaneira, após compulsar as regras vigentes, encontrou a solução: a peça seria enquadrada como “carne seca”, que contava com expressa norma de admissão.

O criativo – embora um tanto macabro – chiste pretende ilustrar o apego ao exacerbado positivismo que predominou – talvez ainda impressione largo contingente de setores da administração pública – na aplicação do princípio da legalidade, interpretado em seu sentido estrito de que ao gestor público somente é dado fazer o que a lei expressamente determine, quedando-se paralisado à falta da norma legal.

É o que traz à memória a leitura do Decreto nº 9.179, de 23/10/2017, que, ao alterar o Decreto nº 6.514/2008, institui o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Dito decreto – ato administrativo privativo de chefe de poder executivo – põe em prática o entendimento de que, mesmo no campo das sanções administrativas, à legalidade estrita sucede, no direito público pós-moderno, a juridicidade, que, a partir da supremacia da Constituição e da efetividade dos princípios, deve passar a orientar as decisões dos administradores públicos segundo novos paradigmas, o que inclui a dinâmica para a dosimetria da sanção, inspirada no raciocínio da ponderação e no senso de proporcionalidade quanto ao resultado de interesse público a obter-se.

Exatamente por isto, o Decreto nº 9.179/2017 colhe importante oportunidade para dinamizar o norte traçado pelo art. 225 da Constituição da República, no sentido de que “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”.

O decreto ilustra o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo da EMERJ. Professor convidado de cursos de especialização da FGV-RIO.

da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais). No dizer de Luis Prieto Sanchis, festejado lente das Universidades Castilla-La Mancha e de Toledo, *“se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas”* (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madri: Trota, 2009, p.9).

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a explicitação compulsória dos motivos do ato administrativo; o alcance da discricionariedade por controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afastado qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vincula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O Decreto nº 9.179/2017 introduziu, no Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o respectivo processo administrativo federal para sua apuração, alterações reveladoras do novo compromisso do direito punitivo estatal com a efetividade da reparação decorrente da imposição de sanção pecuniária, abrindo alternativa à vetusta tendência de que seria apenas mais uma fonte de receita para o erário.

Assim não mais deve ser, sobretudo tratando-se de danos ambientais, daí o art. 143, §1º, com a redação do Decreto nº 9.179/2017, sublinhar que “independentemente do valor da multa aplicada, o autuado fica obrigado a reparar integralmente o dano que tenha causado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendia pela possibilidade da conversão de multas por investimentos. Por exemplo, pode ser citado o caso em que determinada operadora de telefonia celebrou um TAC, o qual prevê a conversão de R\$ 2,199 bilhões em multas aplicados pela Anatel contra a referida em R\$ 4,87 bilhões em investimentos na rede da própria empresa.

No âmbito do STJ, diversos são os precedentes concluindo pela redução da multa aplicada por entidades ambientais. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA PELO IBAMA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. O QUANTUM FORA ESTIPULADO EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DISPOSTAS NOS AUTOS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES DO INFRATOR, O GRAU DE INSTRUÇÃO E A SUA SITUAÇÃO ECONÔMICA. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO DO IBAMA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nota-se dos

autos que o ajuizamento da ação penal pública ambiental visava à recuperação da área degradada mediante o plantio de mudas nativas, bem como à condenação com o pagamento de multa. 2. *A fixação da multa fora estipulada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em especial, considerando a baixa capacidade econômica do infrator, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.* Assim, mostra-se inviável, em sede de Recurso especial, a análise de tais premissas fáticas, pois demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. 3. Agravo Interno do IBAMA a que se nega provimento. (AgInt no REsp. 1371298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/03/2017) – os grifos não constam do original.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL.

PARCELAMENTO OU LOTEAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO (ART. 50, INCISO I, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI Nº 6.766/1979). APTIDÃO DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. MATÉRIA SUPERADA POR SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. EXASPERAÇÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaltou evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado “Mansões Chácaras do Lago”.

(...)

8. *A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos – 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País.*

9. Agravo regimental provido parcialmente, apenas para reduzir a pena de multa, fixando-a em 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época do fato. (AgRg no REsp. 1361945/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

Importante destacar, inclusive, que o princípio da eficiência na tutela ambiental é maximizado no momento em que se empreendem meios de reparação direta ao meio ambiente ao invés de cobrar valores pecuniários, haja vista que se evita que verba seja destinada para fins diversos do que a reparação daquela área que sofreu o dano.

Ademais, a lógica punitiva estatal deve ser utilizada como última *ratio* em matéria sancionadora administrativa, uma vez que se deve conferir primazia a práticas restaurativas do *status operandi* ético. Neste cenário, mostra-se de fundamental importância o estabelecimento de critérios normativos para regular o processo de conversão. A implementação de programas de compliance também atende tal desiderato, permitindo que a empresa retome sua atividade, em conformidade com a regulação estatal, ensejando, assim, o exato cumprimento de sua função social.

Chega-se ao ponto nodal das preocupações do decreto, qual seja o do caráter pedagógico-reparatório da multa ambiental e de sua possível conversão, a ser manejada com o fim de coibir, com inteligência, senso de proporção e utilidade, violações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nos termos do art. 145, “Por ocasião do julgamento do auto de infração, a autoridade julgadora deverá, em decisão única, julgar o auto de infração e o pedido de conversão da multa”, julgamento no qual considerará, acrescenta o §1º, “as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir, ou não, o pedido de conversão formulado pelo autuado”, decerto que, di-lo o §4º, cabendo “recurso hierárquico da decisão que indeferir o pedido de conversão”.

A tais pertinentes homenagens ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório também em sede administrativa (CF/88, art. 5º, LIV e LV), aditem-se duas observações: (a) a função punitiva constitui prerrogativa da administração; (b) todo ato que aplica penalidade administrativa é um ato jurídico, destinado que é a restringir ou suprimir direitos, impor obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar, seguindo-se que o seu editor deve zelar por que se apresente íntegra a respectiva estrutura morfológica.

Para bem apreender a natureza e os limites da primeira observação, é necessário conceituar prerrogativa, que se não confunde com privilégio. No jargão do direito público, prerrogativa traduz um dever-poder de agir com o fim de assegurar a satisfação do interesse público. Não se trata de um direito propriamente, muito menos de um direito personalizado, como na excepcionalidade do privilégio. Prerrogativa exprime um dever que compele o agente público a agir, sob pena de omissão de seu dever funcional, sempre que perceba em risco o adequado desempenho da função pública. Não lhe é facultado agir. É de seu dever jurídico agir.

Aplicando-se o conceito de prerrogativa ao tema ambiental, entenda-se que ao gestor público não se concede escolher entre punir e não punir o causador do dano. É de seu dever puni-lo, desde que, respeitadas as garantias da defesa e do contraditório em processo regular, resulte comprovada a falta atraente da sanção. A esse dever servem poderes meramente instrumentais de agir. Não o poder como manifestação de prestígio ou força, mas o poder como instrumento de ação subordinada a um dever

indesviável. Se a autoridade deixa de punir quando era o caso de fazê-lo ou pune inadequadamente – com excesso ou indulgência –, estará agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade, figuras igualmente caras aos essenciais fundamentos do direito público, cuja incidência corrompe a idoneidade do desempenho do cargo público. Por isto que toda prerrogativa está limitada pelos fins legais que a circunscrevem: no caso de dano ambiental, a prerrogativa de aplicar sanções se justifica em face de comprovada violação. Nem mais, nem menos.

A segunda observação deve pautar o agir da autoridade administrativa por técnica e precisão. Todo ato punitivo, sendo, como é, um ato administrativo, deve nascer e sustentar-se a partir do exercício regular da competência do órgão e do agente; veiculado pela forma escrita e na sede processual que lhe atestem a seriedade; tendo por conteúdo um objeto de inequívoco interesse público; enunciando os motivos que lhe demonstrem a juridicidade (fatos verazes e comprovados, submetidos a normas regentes de indubitosa incidência no caso concreto, fatos e normas sopesados com razoabilidade e proporcionalidade); de sorte a alcançar os resultados justificadores da finalidade do regime protetivo do meio ambiente.

Toda atenção deve ser posta para precator vícios de competência (a sanção ser imposta por autoridade que não era a competente); de forma (o instrumento formalizador da sanção não era apto a expressá-la); de objeto (a sanção aplicada esconde o propósito de prejudicar o atuado e, não, o de tão só conformar-lhe a conduta aos ditames da preservação ambiental); de motivo (os fatos puníveis inexistem ou não são aqueles que embasaram a sanção, ou esta adotou severidade incompatível com o grau da falta); de finalidade (a sanção em pouco ou nada contribuirá para que se obtenha o resultado planejado com a execução da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tisonada pela conduta do atuado).

Em presença de vícios comprometedores dos elementos de sua estrutura morfológica – competência, forma, objeto, motivo e finalidade –, o ato da sanção estará sujeito à invalidação, seja por autoridade administrativa hierarquicamente superior, em cuja competência funcional se insira a revisão do ato sancionador, ou da autoridade judiciária, se o penalizado provocá-la pela via própria.

Proibição de Voto

Jorge Lobo*

Dois grupos de minoritários de uma companhia de capital aberto global recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região com a finalidade de suspender o exercício do direito de voto das sociedades controladoras na assembleia de acionistas, convocada para deliberar a instauração de procedimento arbitral de cunho indenizatório contra o diretor presidente, que fez colaboração premiada para beneficiar-se da imunidade penal criada pela Lei nº 12.850/13.

Apesar de idênticos os fundamentos de ambos os pedidos, o TJSP e o TRF da 1ª Região decidiram de forma diametralmente oposta (permitam-me a redundância).

Aquele, indeferiu a liminar, condenou os autores a pagar honorários de advogado e custas judiciais e extinguiu o processo; este, concedeu a tutela de urgência, por julgar que as sociedades de comando, em virtude de existir flagrante conflito de interesses, não poderiam deliberar sobre demanda a ser proposta contra administrador que integra o “grupo de controle”.

O conflito de interesses é o tema mais intrincado e controvertido do direito societário na doutrina e na jurisprudência, de ontem e de hoje, aqui e alhures, por três motivos.

Primeiro, o conflito de interesses é uma questão subjetiva, uma questão de foro íntimo; segundo, militam a favor do acionista, ao manifestar a sua vontade, os princípios da presunção de boa-fé do voto e da liberdade de emití-lo; terceiro, as legislações o regulam através de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, isto é, de normas de conteúdo vago, flexível, compelindo o exegeta a adequar o texto da lei à realidade e o juiz, ao aplicá-las, a agir com prudente arbítrio, de que é exemplo o art. 115 da nossa Lei de Sociedades Anônimas (LSA), que trata do voto lícito, do voto abusivo, do voto em conflito de interesses e da proibição de voto.

A LSA considera lícito ou legítimo o voto proferido com lealdade e de boa-fé “no interesse da companhia” (art. 115, *caput*, parte inicial) e ilícito ou abusivo o voto que visa a “causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para o acionista ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (art. 115, *caput*, segunda parte).

A LSA reputa antagônico ou contrário o voto que puder beneficiar o acionista “de modo particular ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia” (art. 115, §1º, parte final) e proíbe o voto do acionista “nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens que concorrer par a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador” (art. 115, §1º, parte inicial).

* Mestre em Direito da Empresa. Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Ao disciplinar o exercício do direito de voto dessa forma, a LSA alinha-se ao Código Civil italiano, art. 2373, parte final; à Lei das Sociedades Anônimas alemã, art. 136; ao Código Federal Suíço das Obrigações, art. 695; ao Código das Sociedades Comerciais português, art. 384º, nº 6, alíneas *b* e *c*, e ao antigo Projeto de Sociedade Anônima Europeia, art. 92, §3º.

Nesses sistemas jurídicos, é vedado, expressamente, ao acionista-administrador, qualquer que seja o número de ações que possua, tomar parte na deliberação da assembleia geral que vise a destituí-lo do cargo, apurar a sua responsabilidade civil, penal e administrativa e compeli-lo a ressarcir os prejuízos causados à companhia e aos acionistas, enquanto, no Brasil, a proibição de voto é apenas implícita.

Anote-se, todavia, que o art. 115, §1º, da LSA não esgota as hipóteses de proibição de voto, não havendo dúvida de que é defeso à sociedade controladora eleger membro do conselho de administração ou diretor executivo que saiba inapto, moral ou tecnicamente (art. 117, §1º, alínea *d*) ou que carecer de reputação ilibada (art. 147, §3º), devendo o magistrado, em uma análise lógica, sistemática e econômica e com o valioso supedâneo do Direito Comparado, considerar impedido o acionista-administrador de participar da decisão que objetive afastá-lo de suas funções e atribuições, processá-lo e condená-lo ao pagamento de perdas e danos.

Salta aos olhos que o indivíduo, que tenha feito “colaboração premiada” nos termos da Lei nº 12.850, de 2013, para livrar-se da persecução penal, eventual condenação criminal e conseqüente prisão, não possui nem reputação ilibada nem idoneidade moral e, se não as possui e ostenta, não pode ser eleito nem, tampouco, permanecer ocupando o cargo de diretor presidente de companhia aberta, por não preencher os requisitos imprescindíveis para gerir e representar sociedades anônimas.

Aliás, o litígio judicial sequer teria ocorrido se o conselho de administração, a quem incumbe eleger e destituir os diretores (art. 142 da LSA), houvesse afastado o diretor presidente com respaldo nos mesmos fundamentos de fato e de direito.

Os Juízes Não Têm Direito à Greve

Jorge Miranda*

Os juízes não são empregados do Estado. Eles são – como o Presidente da República, os deputados e os ministros – o Estado a agir.

1. Os tribunais são órgãos de soberania, a par do Presidente da República, da Assembleia da República e do Governo (art. 110º da Constituição); compete-lhes administrar a justiça em nome do povo (art. 202º); são independentes e apenas sujeitos à lei (art. 203º).

Por isso, os juízes são inamovíveis (art. 216º, nº 1), cabendo a sua nomeação, a sua colocação, a sua transferência e a sua promoção ao Conselho Superior da Magistratura e, quanto aos juízes dos tribunais administrativos e fiscais, a órgão análogo (art. 217º, nºs 1 e 2) – um e outro órgão integrando juízes, em composição quase paritária (art. 218º). Nem os juízes podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei (art. 216º, nº 2).

2. Um estatuto como este implica, em contrapartida, quer deveres quer restrições de alguns direitos. É certo que o art. 18º, nº 2, parece consentir apenas as restrições a direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição e o art. 270º apenas se refere aos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo e aos agentes dos serviços e das forças de segurança. Todavia, ao lado destas restrições, explícitas, existem restrições implícitas, fundadas em princípios (e não já em regras) constitucionais e derivadas da necessidade de preservar “outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”, conforme acrescenta o mesmo art. 18º, nº 2. Para lá da hipótese de colisão de direitos – liberdade de expressão e direito ao bom nome e reputação, iniciativa económica e direito ao ambiente etc. –, deparam-se situações em que são imperativos institucionais que reclamam restrições – como sucede, precisamente, com as dos juízes, dos magistrados do Ministério Público, dos diplomatas ou dos dirigentes superiores da Administração.

Ninguém contesta que um juiz, tal como um militar, não possa estar inscrito num partido político ou, pelo menos, desenvolver uma atividade política pública; ou que esteja limitado nos seus direitos de expressão e de manifestação tanto no plano político, como no plano da sua atividade jurisdicional. E as leis ordinárias vão, como não podia deixar de ser, neste sentido.

3. Escusado deveria ser lembrar que os juízes não são trabalhadores subordinados. Não se acham em qualquer situação aproximável da dos trabalhadores das empresas privadas ou da Administração Pública. Investidos na titularidade de órgãos de soberania, encontram-se perante o Estado numa relação de identificação. Não são empregados do Estado. Eles são — como o Presidente da República, os deputados e os ministros – o Estado a agir.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Nem a sua independência se confunde com a inerente às profissões livres ou profissões cujo exercício implica a autonomia individual e coletiva derivada do domínio de uma ciência ou técnica especialmente elevada. Aqui, a liberdade para determinar o modo e o conteúdo do ato profissional tanto pode caber no âmbito de profissões liberais ou de trabalho independente, como desenvolver-se em regime de trabalho subordinado; há sempre liberdade de escolha de meios nem sempre liberdade de escolha de resultados.

A magistratura judicial implica também o domínio muito qualificado de uma ciência, a ciência jurídica. Mas nela, a par da liberdade de escolha de meios, há liberdade de escolha de resultados. Porque se trata de dizer o Direito (ou porque a causa da atividade dos tribunais é a realização do Direito), nenhuma injunção concreta pode recair sobre os juizes e a própria obrigação de acatamento das decisões dos tribunais superiores decorre do sentido da função e no interior do sistema judiciário.

A independência dos profissionais liberais é meramente técnica. A dos juizes assume um alcance político (na aceção lata do termo), é uma independência de poder.

4. Muito em especial, um direito à greve dos juizes, fosse qual fosse o motivo invocado para o exercer, contenderia com a ligação estrutural incidível dos magistrados aos tribunais e ao Estado. Ainda que fossem alegadas questões de cunho remuneratório, não seria um conflito jurídico laboral; seria um conflito atinente ao exercício da função legislativa ou da função administrativa nos seus reflexos sobre a situação dos juizes. Não seria um conflito entre trabalhadores e empregadores (que não são nem o Parlamento nem o Governo); seria um conflito entre poderes do Estado.

5. Objetar-se-á que os juizes, ao invés do Presidente da República, dos deputados e dos ministros, seguem uma carreira com progressão ao longo da vida e constituem um corpo profissional permanente. E há autores que, de certo modo, até desdobram o seu estatuto em duas faces: a de titulares de cargos públicos e a de trabalhadores. Este dualismo não assenta, no entanto, em suficiente base de sustentação.

Que haja uma carreira profissional, sem dúvida (nem se vê como pudesse ser doutra sorte em país de sistema romano-germânico); só que carreira singular e irreduzível a qualquer outra. Que se esteja diante de uma carreira profissional, sem dúvida; só que carreira na qual o poder disciplinar é um poder de exercício participado pelos próprios e em que as classificações atendem a rigorosos critérios intelectuais, sem tocarem, minimamente, no conteúdo decisório dos arestos emitidos (*cf.* art. 34º do estatuto dos magistrados judiciais).

E, que não sejam os juizes a determinar as condições materiais do exercício da sua atividade, isso tão pouco os menoriza em confronto com o Presidente da República, os deputados e os ministros. Em qualquer caso, é a lei dimanada do Parlamento, assembleia representativa de todos os portugueses (art. 147º da Constituição) e baseada no sufrágio universal (arts. 10º, nº 1 e 113º, nº 1), que prescreve as regras remuneratórias relativas a uns e outros.

6. Como quer que seja, admitindo mesmo sem conceder que os juizes tivessem um duplo enquadramento estatutário, tão pouco tal implicaria a necessidade de se lhes reconhecer um direito à greve.

Basta pensar em categorias profissionais em que esse direito é, pura e simplesmente, inconcebível: os militares e agentes militarizados em serviço efetivo, tão inconcebível que o legislador constitucional não sentiu necessidade de o explicitar no art. 270º. E basta pensar nos agentes das forças de segurança, que, desde 2001, alcançaram o direito de associação sindical e a quem foi recusado, de forma terminante, o direito à greve (art. 270º, *in fine*).

Quer dizer: ainda que os juizes pudessem ser configurados também como trabalhadores do Estado, nem daí fluiria, como corolário forçoso, que pudessem pretender ter o direito à greve; nem se compreenderia que os agentes das forças de segurança, que executam as decisões dos juizes, não gozassem de direito à greve e dele gozassem os juizes.

Mas, porque nenhum preceito constitucional exclui a greve por parte dos juizes, não poderiam eles invocar esse direito em nome do princípio de liberdade? Ou, doutra ótica, não poderia a lei ordinária consigná-lo e consigná-lo como verdadeiro direito fundamental ao abrigo de cláusula aberta do art. 16º, nº 1? Não, o princípio de liberdade vale para as pessoas enquanto particulares ou enquanto membros da comunidade; não para os titulares de órgãos do poder. E uma lei que concedesse aos juizes o direito à greve seria — justamente por causa disso — inconstitucional.

7. Não está tanto em causa saber se os juizes preferem revestir-se da qualidade de funcionários (como aconteceu, na prática, em face da Constituição de 1933) ou da qualidade de titulares de órgãos de soberania (como resulta da atual Constituição democrática), ou se almejam por acumular as duas qualidades e os respetivos benefícios quanto saber se o Estado vai subsistir como unidade de poder e de serviço ou se vai fragmentar-se em estratos corporativos.

Nem está tanto em causa uma questão de solidariedade institucional, quanto uma questão de identidade do Estado de Direito democrático; nem tanto uma questão de respeito entre titulares de órgãos de soberania, quanto de respeito pelos cidadãos, razão de ser do sistema judiciário. Uma greve dos juizes traria o risco de deslegitimar a tarefa essencial do Estado de administração da justiça e, desde logo, de deslegitimar os juizes perante a comunidade.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

6ª CÂMARA CRIMINAL

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0071459-67.2017.8.19.0000

SUSCITANTE: JUÍZO DA AUDITORIA MILITAR DO ERJ

SUSCITADO: JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO GONÇALO

RELATOR: Desembargador LUIZ NORONHA DANTAS

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. HIPÓTESE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFOS 2º, 3º e 4º, II, DA LEI Nº 12.850/13 E DO ARTIGO 16, NA FORMA DO ARTIGO 20, AMBOS DA LEI Nº 10.826/03. DENÚNCIA OFERECIDA AO JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO GONÇALO. ADVENTO DA LEI Nº 13.491/17, ALTERANDO A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÃO EM FAVOR DO JUÍZO DA AUDITORIA MILITAR. SUSCITAÇÃO DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, APONTANDO-SE O JUÍZO SUSCITADO COMO O COMPETENTE PARA JULGAMENTO DOS FATOS. DENÚNCIA QUE DESCREVE CONDUTAS ATRIBUÍDAS A POLICIAIS MILITARES DO 7º BATALHÃO DE POLÍCIA MILITAR, EM SÃO GONÇALO. ASSOCIAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA, EM TROCA DE ESPÚRIO RECEBIMENTO DE DINHEIRO, DEIXAREM DE COMBATER O COMÉRCIO DE ENTORPECENTES NAQUELA CIDADE E A POSSE E PORTE DE ARMAS DE FOGO DE USO RESTRITO, COM POSTERIOR VENDA/ DISPONIBILIZAÇÃO PARA INTEGRANTES DE FACÇÕES CRIMINOSAS ENVOLVIDAS COM O TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DO TEMA DO ALCANCE DA LEI Nº 13.491/17 E DO CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PROVOCADO PELO NOVO TEXTO LEGAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA LEI Nº 13.491/17, QUE TRATA DE SITUAÇÕES DE EXCEPCIONAL COMPETÊNCIA. ABRANGÊNCIA AMPLIADA QUE IMPLICA AFRONTA À CONCEPÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR, SABIDAMENTE UMA JUSTIÇA ESPECIAL, PORQUE CALCADA NAS ESPECIFICIDADES E PARTICULARIDADES DA ATIVIDADE MILITAR. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CONFIGURAÇÃO DE CRIME PREVISTO NO

CÓDIGO PENAL MILITAR OU NA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM, COM INCIDÊNCIA DE UMA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 9º DO MESMO CODEX, COM EFETIVA VIOLAÇÃO DE DEVER MILITAR OU AFETAÇÃO DIRETA DE BENS JURÍDICOS DAS INSTITUIÇÕES MILITARES. DENÚNCIA QUE DESCREVE CONDUTAS PRATICADAS POR 96 (NOVENTA E SEIS) POLICIAIS MILITARES. ASSOCIAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COM O ESCOPO DE PRATICAREM CORRUPÇÃO PASSIVA MILITAR, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA (CÓDIGO PENAL COMUM), DEIXANDO, EM TROCA DO RECEBIMENTO DE DINHEIRO, DE COMBATER O TRÁFICO NA CIDADE DE SÃO GONÇALO. HIPÓTESES QUE SE AMOLDAM À NOVEL COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, POIS ATINGEM A DENOMINADA ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR, OU SEJA, A FINALIDADE E ORGANIZAÇÃO MILITAR ESTADUAL (POLÍCIA MILITAR), NAS SUAS VERTENTES DE COMBATE À PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS E DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, BEM COMO ATINGEM O SEU PRESTÍGIO MORAL PERANTE A SOCIEDADE FLUMINENSE, TUDO CONFORME PREVISTO NA ALÍNEA E DO INCISO II DO ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ILEGAL POSSE/PORTE DE ARMAMENTO DE USO RESTRITO, INCLUSIVE COM A VENDA A INTEGRANTES DE FACÇÕES CRIMINOSAS, VOLTADAS AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDUTAS QUE SE PRATICARAM EM LUGARES NÃO SUJEITOS À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, FORA DA ATIVIDADE MILITAR E POR MOTIVO DE CUNHO ESSENCIALMENTE PESSOAL, O QUE IMPÕE AFIRMAR QUE NÃO GUARDAM QUALQUER RELAÇÃO COM INFRAÇÕES PENAIS MILITARES. FATOS QUE ESCAPAM À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. DO CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 2º DO CPP. IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. INAPLICABILIDADE. LEI NOVA COM FORTE TANGENCIAMENTO EM TEMAS CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADOS, COMO O DIREITO A UM PROCESSO PENAL MENOS TORMENTOSO, PELAS VIAS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, DA TRANSAÇÃO PENAL E DA COMPOSIÇÃO CIVIL (TENHA-SE EM MENTE QUE O ARTIGO 90-A DA LEI Nº 9.099/95 PROÍBE TAIS INSTITUTOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR), ENTRE OUTROS FENÔMENOS DE ÍNDOLE PROCESSUAL PENAL, OU MESMO, MAIS DIRETAMENTE, PARA COM QUESTÕES ÍNSITAS À PRÓPRIA LEI Nº 12.850/13, COMO, POR EXEMPLO, A COLABORAÇÃO PREMIADA (ARTIGO 4º), COM REPERCUSSÃO NA APLICAÇÃO DA PENA (PERDÃO JUDICIAL) E NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO (ABRANDAMENTO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA). REFLEXOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO

9º, II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POSSIBILIDADE DE ESTÍMULO A SIGNIFICATIVOS PREJUÍZOS AOS ACUSADOS NOS PROCESSOS EM CURSO, INCLUSIVE PARA AQUELES QUE FREQUENTAM O POLO PASSIVO DESTA RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL, EM RAZÃO DO QUE É CORRETO DIZER QUE A LEI ANTERIOR, QUE CONSAGRAVA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR OS FATOS, DEVA AINDA PRODUIR SEUS NORMAIS EFEITOS, EM CONSAGRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS (ART. 2º DO CPP). ADOÇÃO DO SISTEMA DE FASES IMPLICA QUE OS PROCESSOS QUE JÁ ESTAVAM COM A FASE INSTRUTÓRIA INICIADA QUANDO A LEI ENTROU EM VIGOR DEVERÃO SEGUIR SOB O IMPÉRIO DA LEI ANTIGA, ATÉ A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (CPP, ARTIGO 399, PARÁGRAFO 4º) E, COMO CONSEQUÊNCIA, SE COADUNANDO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, FAZENDO COM QUE O MAGISTRADO QUE PRESENCIOU A COLHEITA DA PROVA SEJA O RESPONSÁVEL PELA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. *PARECER NO SENTIDO DE SE FIRMAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (2ª VARA CRIMINAL DE SÃO GONÇALO).*

Egrégia Câmara,

A hipótese envolve feito que tramitava perante o juízo da 2ª Vara Criminal de São Gonçalo, tendo como réus, entre outros, diversos policiais militares, os quais restaram todos incurso nas penas do artigo 2º, parágrafos 2º, 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13, alguns nas penas do artigo 16, na forma do artigo 20, da Lei nº 10.826/03 e outros tantos nas do artigo 317, parágrafo único¹, do Código Penal (CP), sendo todos na forma do artigo 69 deste último diploma legal, conforme denúncia oferecida pelo órgão do Ministério Público Estadual junto àquele juízo.

Com o advento da Lei nº 13.491/17, cuja publicação e vigência se deram na data de 16/10/17, entendeu o magistrado lá oficiante por considerar incompetente aquele juízo, já que, segundo Sua Excelência, aqui em apertado resumo, o *novel* diploma teria ampliado o conceito de crime militar, cuja abrangência levaria à imposição do deslocamento do processo e julgamento dos fatos ao Juízo da Auditoria Militar Estadual. Daí, declinou de sua competência, conforme o comentado entendimento.

Naquele outro juízo, o castrense, inclusive com apoio em substancioso parecer ministerial, subscrito pelo Promotor de Justiça em atuação perante aquele juízo, Sua Excelência, por seu turno, entendeu da não abrangência do recente

¹ O texto reproduz os termos da denúncia, muito embora o artigo 317 do Código Penal Brasileiro não contemple a figura de um “parágrafo único”.

diploma legal ao feito oriundo do juízo da 2ª Vara Criminal de São Gonçalo, vindo, por conseguinte, a suscitar este conflito.

Vêm os autos, portanto, a este Procurador de Justiça, em razão do que passo a opinar.

I – INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso esclarecer que há duas frentes a serem necessariamente abordadas neste parecer. A primeira, quanto à competência da Justiça Militar a partir do advento da Lei nº 13.491/17, em outras palavras, o seu alcance (que decorre do sistema constitucional dispensado ao tema da jurisdição penal) e profundidade (que decorre da correta exegese do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar e sua interpretação jurisprudencial); a segunda, sobre a solução para eventual conflito intertemporal de leis, pois, como é possível inferir, a edição do novo diploma normalmente coincide com o trâmite de vários feitos que supostamente encontrariam adequação típica à nova realidade jurídica dos denominados crimes militares.

A partir de tais premissas, pretendo me desincumbir da tarefa que aqui se apresenta.

II – DA ABRANGÊNCIA DA LEI Nº 13.491/17

De fato, não se ignora que, na data de 16/10/2017, adveio ao cenário jurídico nacional a Lei nº 13.491/17, alterando em parte o artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.001/69, ou seja, o Código Penal Militar Brasileiro (CPM)².

Desde logo, algumas vozes assumiram uma irrestrita ampliação do conceito de crime militar, afirmando que, praticada determinada infração penal com previsão no CPM, ou mesmo na legislação penal comum, uma vez configurada uma das situações do artigo 9º do CPM, estaria fincada a competência da Justiça Militar, até mesmo por força do artigo 124 da Constituição Federal (CF), segundo o qual à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Nesta linha de raciocínio, ressalte-se, uma vez configurada uma das situações do artigo 9º, inciso II, do novo texto do CPM, independentemente de previsão da figura delitiva em seu texto, estaria configurada a competência dessa especial justiça.

Ao que se infere de tal entendimento, aliás, o legislador ordinário estaria autorizado a, *sponte sua*, alterar, inclusive para ampliar, sem limites, o conceito e abrangência de crime militar e, por consequência, a competência da justiça castrense.

Em posição contrária, todavia, com a qual, em inicial análise, compartilho, entende-se que “a melhor interpretação da citada norma constitucional deve ser restritiva, pois a justiça militar tem um sentido de competência especial, sendo exceção em nosso sistema constitucional.”³

² A regra do artigo 9º do CPM tem natureza de regra de adequação típica de subordinação mediata, sendo de necessária extensão para conferir tipicidade aos denominados crimes militares.

³ JARDIM, Afrânio Silva. *O conceito de crime militar e a nova lei*. Não nos esqueçamos do sistema constitucional!!! Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/o-conceito-de-crime-militar-e-a-nova-lei-nao-nos-esqueamos-do-sistema-constitucional-por-afranio-silva-jardim>. Acesso em: 18 dez. 2017.

Aliás, uma abrangência infundável iria mesmo de encontro à própria concepção da justiça militar, ou seja, a concepção de que o julgamento de infrações penais militares exige conhecimento específico e profissional do corpo de julgadores, sendo, pois, necessária uma justiça municuada de tais predicados, pena de tratamento comum aos infratores da lei penal militar, quando se lhes impõe tratamento diferenciado, porque calcado nas especificidades ou particularidades daquela atividade.

A propósito, por motivo não distinto, em hipóteses de conexão e de continência o próprio legislador ordinário optou por obrigatoriamente afastar do conhecimento da justiça militar quaisquer outras infrações, eventualmente ligadas por tais fenômenos a outra de sua competência, como é possível constatar do texto dos artigos 79, I, do Código de Processo Penal (CPP) e 102, a, do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Trabalho, como é possível concluir, em interpretação conforme, com uma noção bem restrita do conceito de crime militar, buscando, pois, restringir o alcance do novo texto do artigo 9º do CPM.

Para além do alcance, todavia, a fixação da competência da Justiça Militar, a meu sentir, impõe também uma necessária análise de sua profundidade, ou seja, teria mesmo o legislador optado por entregar a conhecimento da justiça castrense toda e qualquer modalidade de infração penal, ainda que à míngua de efetiva ofensa aos interesses das instituições militares?

Penso ser negativa, a resposta.

É que, mesmo antes do advento da Lei nº 13.491/17, já advertia Aury Lopes Jr.⁴ sobre o direcionamento da jurisprudência que teria, para efeito de fixação da competência da justiça militar, “(buscando claramente restringir a competência da Justiça Militar), passado a exigir uma situação de interesse militar”, considerando-se, para tanto, uma “efetiva violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos das Forças Armadas”⁵.

De fato, o entendimento jurisprudencial vinha preferindo a competência da justiça comum mesmo quando praticada a infração penal com previsão no CPM e configurada uma das situações do seu artigo 9º, caso não se caracterizasse a tal violação de dever militar ou a afetação direta dos bens jurídicos das Forças Armadas.

Não à toa, inclusive, editaram-se, por exemplo, as súmulas 6⁶, 73⁷, 172⁸ pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais sabidamente afastam a competência da Justiça Militar em hipóteses que, para o mais desavisado, naturalmente competiriam àquela justiça especial.

Essa, quero crer, a adequada interpretação à temática da competência da justiça militar, mesmo após o advento da Lei nº 13.491/17.

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 456.

⁵ DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. vol. 2. p. 12.

⁶ Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade.

⁷ Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento prisional.

⁸ Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

Nesta linha de raciocínio, penso que a fixação da competência da Justiça Militar, como já vinha desenhando a jurisprudência pátria, terá lugar quando:

- 1- Tratar-se de crime definido no CPM ou na legislação penal comum;
- 2- Estiver configurada uma das situações do artigo 9º, II, do CPM; e
- 3- Ocorrer efetiva violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos das instituições militares.

Evidentemente que, em optando por tal interpretação restritiva ao novo texto legal, é também correto afirmar que a fixação da competência da Justiça Militar, à conta da evidente subjetividade, impõe uma acurada análise de cada caso isoladamente apresentado ao intérprete.

É o caminho pelo qual pretendo avançar agora.

III – DOS FATOS ATRIBUÍDOS AOS ACUSADOS

Os fatos⁹, que agora tenho oportunidade de avaliar, segundo denúncia levada a efeito pelo *Parquet* estadual, teriam ocorrido no período de julho de 2014 a abril de 2016, na comarca de São Gonçalo, indicando-se um total de 101 (cento e hum) denunciados, entre os quais 96 (noventa e seis) policiais militares, sendo, portanto, 5 (cinco) civis.

Os milicianos, todos, restaram incursos nas penas do artigo 2º, *caput*, na forma dos seus parágrafos 2º, 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13, sendo quatro deles, a saber: CBPM Adriano Cavalcanti da Costa, SDPM André Willians Q. Medeiros, SDPM Dilmar C. de Souza Júnior e SDPM Fabiano M. de Souza, também nas penas do artigo 16, na forma do artigo 20, ambos da Lei nº 10.826/03.

III.1. Sobre o crime do artigo 2º, *caput*, na forma dos seus parágrafos 2º, 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13

Consta da denúncia, lastreada no inquérito policial 155/16 da Delegacia de Homicídios de Niterói e São Gonçalo (DHNSG), aqui em apertadíssimo resumo, que os noventa e seis policiais lá individuados, todos lotados no 7º Batalhão de Polícia Militar, teriam se associado, em organização criminosa, para a prática de corrupção passiva militar, de corrupção ativa e passiva (como previstas no CP), de ilegal posse ou porte e venda de armas de fogo a integrantes de grupos voltados à comercialização de substâncias entorpecentes, assim como para o recebimento de indevidos valores, em razão do que deveriam se abster do combate ao tráfico de drogas no município de São Gonçalo.

⁹ Refiro-me aos fatos atribuídos aos policiais militares, já que, segundo o artigo 125, parágrafo 4º, da Constituição Federal, somente Policiais Militares e Bombeiros Militares estão sujeitos ao jugo da Justiça Castrense Estadual, excluindo-se, assim, os civis do julgamento daquela justiça especial.

Ora, os fatos narrados na denúncia – a partir do material haurido na investigação policial já referida –, com todas as suas circunstâncias, e de acordo com a adequação típica levada a efeito pelos subscritores da denúncia, encontrou perfeita subsunção à modalidade delitiva do artigo 2º da Lei nº 12.850/13, consistente em “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, sendo que os parágrafos 2º, 3º e 4º, II, preveem situações de maior punibilidade se houver emprego de arma de fogo pela organização criminosa, assim como para quem exercer o controle de tal organização e se houver concurso de funcionário público, que se valha de sua condição para a prática de tal infração penal.

Abstraindo aqui o enfrentamento à questão meritória, porque destinado aos atores do processo de cognição em momento processual oportuno, não há como ignorar a conformação típica da organização criminosa, tal como descrita na denúncia.

Realmente, muito embora sem previsão na legislação penal militar, a norma de adequação típica do artigo 9º do CPM, em seu inciso II, contempla figuras típicas da legislação comum como de competência da justiça militar, inclusive a do crime do artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Ademais, tais práticas, como as atribuídas aos policiais militares, consistentes em se absterem de combater o tráfico de entorpecentes, em troca do pagamento de determinados valores, regimento e recorrentemente pagos por integrantes de facções criminosas, na cidade de São Gonçalo, evidentemente que configuram infrações penais que atingem a denominada ordem administrativa militar, ou seja, a finalidade e a organização militar estadual (Polícia Militar), nas suas vertentes de combate à prática de infrações penais e de garantia da ordem pública, bem como atingem o seu prestígio moral perante a sociedade fluminense, tudo conforme previsto na alínea e do inciso II do artigo 9º do CPM.

Em conclusão, penso que os fatos indicados na denúncia, e que se subsumem à figura típica do artigo 2º, parágrafos 2º, 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13, e, considerando a incidência do artigo 9º, II, alínea e, do CPM, se inserem no rol de competência da Justiça Militar.

III.2. Sobre o crime do artigo 16, na forma do artigo 20, ambos da Lei nº 10.826/03

No tocante à imputação relativa ao crime de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito, atribuído aos policiais militares Adriano Cavalcanti da Costa, André Willians Q. Medeiros, Dilmar C. de Souza Júnior e Fabiano M. de Souza, forçoso reconhecer que a melhor interpretação sugere que tais infrações penais não devam recair sobre os ombros da Justiça Militar.

É que, ainda que o novo texto do inciso II do artigo 9º do CPM admita a abrangência de infrações penais não contempladas na condição de crime militar próprio, os crimes atribuídos aos indicados policiais não encontram subsunção em parte alguma das hipóteses previstas nas alíneas do comentado inciso II.

Com efeito, dispensando qualquer análise sobre a adequação de tais condutas ao inciso I e ao inciso II, em suas quatro primeiras alíneas, por obviedade da dispensa, restaria a alínea e para dar conformidade e alcance da competência da Justiça Militar para o seu processo e julgamento.

No entanto, diversamente do crime do artigo 2º da Lei nº 12.850/13, as condutas atribuídas aos acusados Adriano, André Willians, Dilmar e Fabiano, e que encontram tipificação legal no artigo 16 da Lei nº 10.826/13, não podem ser apontadas atentatórias à ordem administrativa militar.

Referidas condutas, como é possível constatar, se praticaram em lugares não sujeitos à administração militar, fora da atividade militar e por motivo de cunho essencialmente pessoal, o que impõe afirmar que não guardam qualquer relação com infrações penais militares.

Em verdade, sequer se tem notícia da origem do armamento cedido pelos quatro acusados ao nacional Sandro Vinhas nem como as armas de fogo teriam ido parar em suas mãos e a que título, o que impede se estabeleça qualquer conexão com a atividade militar por eles desempenhada.

Tais condutas, portanto, não encontram subsunção nas hipóteses dos incisos do artigo 9º do CPM e, por via de consequência, refogem à competência da justiça castrense.

Exatamente como advertido por Badaró, “o crime tentado ou consumado fora dos recintos militares ou de lugares sujeitos à administração militar, que não tenham por motivo a função militar ou serviço militar, não são da competência da Justiça Militar, mas da Justiça Comum.”¹⁰

Por conseguinte, sou de opinião que as condutas descritas no artigo 16, na forma do artigo 20, ambos da Lei nº 10.826/03, no contexto desenhado na denúncia, refogem à competência da Justiça Militar.

IV – DO CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS

Uma vez superada a discussão quanto à abrangência da competência da Justiça Militar, diante dos fatos descritos na denúncia dirigida à 2ª Vara Criminal de São Gonçalo, resta enfrentar o tema do conflito intertemporal das leis definidoras da competência da Justiça Militar, também aqui considerando os fatos descritos na aqui repetidamente anunciada denúncia.

Em verdade, talvez pouco houvesse a ser afirmado sobre o tema da incidência de uma lei processual penal nova, como é o caso *sub examine*, levando-se em linha de conta o artigo 2º do Código de Processo Penal.

Certo é que policiais militares foram denunciados por crimes afetos à Justiça Comum, tendo, no decorrer do processo, advindo lei nova, com plúrima

¹⁰ BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar*. Ed. Juriscredi, 1972, p.54.

repercussão penal e processual penal, inclusive ampliando o conceito de crime militar e, conseqüentemente, alterando a competência penal da Justiça Militar, com uma alegada implicação, segundo o juízo suscitado, sobre os fatos dirigidos a conhecimento daquele juízo (2ª Vara Criminal de São Gonçalo).

Segundo Sua Excelência, ao feito impunha-se o declínio em favor do Juízo da Auditoria Militar Estadual, com forte apoio no comentado artigo 2º do CPP.

Realmente, estabelece o comentado dispositivo legal: “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

Trata-se, como se sabe, da adoção do princípio do *tempus regit actum*, ou seja, da imediata incidência da lei processual penal nova aos atos processuais que se devam praticar a partir da sua vigência, especialmente destinado àquelas regras de cunho essencialmente processuais ou, como já se afirmou, normas processuais puras¹¹.

O caso em comento, todavia, com a abrangência que lhe deseja destinar o juízo suscitado, implica, no mínimo, forte tangenciamento para com temas constitucionalmente consagrados como direitos fundamentais do cidadão, tais como o direito a um processo penal menos tormentoso, pelas vias da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil (tenha-se em mente que o artigo 90-A da Lei nº 9.099/95 proíbe tais iniciativas no âmbito da Justiça Militar), entre outros fenômenos de índole processual penal, ou mesmo, mais diretamente, para com questões insitas à própria Lei nº 12.850/13, como, por exemplo, a colaboração premiada (artigo 4º), com repercussão na aplicação da pena (perdão judicial) e no exercício do direito de ação (abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública).

Portanto, é possível dizer que os reflexos penais e processuais penais da nova redação do artigo 9º, II, do CPM poderão vir a representar significativos prejuízos para os acusados nos processos em curso, inclusive para aqueles que frequentam o polo passivo desta relação processual penal, em razão do que é correto dizer que a lei anterior, que consagrava a competência da Justiça Comum para julgar os fatos, deva ainda produzir seus normais efeitos, em consagração ao princípio da ultratividade da lei mais benigna.

Para além disto, mesmo que afastado o argumento aqui esposado da hibridez da nova regra processual, penso o sistema do isolamento dos atos processuais (art. 2º do CPP) não daria satisfatória solução ao conflito aqui enfrentado.

É que, em não se tratando de critério absoluto, há situações em que se deva “adotar solução diversa, segundo os princípios e regras de direito intertemporal, normalmente aceitos pela doutrina.”¹²

Consoante entendimento esposado no lúcido parecer ministerial, subscrito pelo Promotor de Justiça Décio Alonso (doc. 117), e que tem apoio nas lições do já referido professor Badaró, o sistema de isolamento dos atos processuais cederia vez

¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª edição, São Paulo, Editora Elsevier, 2014, p.52.

¹² BADARÓ, Gustavo. Ob. citada, p.54.

ao sistema das fases processuais, absolutamente pertinente ao caso aqui examinado, considerando-se que o juízo suscitado optou por interromper a cadeia de atos de instrução para afastar a sua competência, promovendo, *ipso facto*, um quadro de evidente agravo à situação processual dos acusados.

De fato, a adoção do sistema de fases implica que os “processos que já estavam com a fase instrutória iniciada quando a lei entrou em vigor deverão seguir sob o império da lei antiga, até a sentença de primeiro grau. Ou seja, uma vez iniciada a instrução sob a vigência da lei anterior, deverá ela ser ultra-ativa até a sentença.”¹³

Arremata, em feliz argumento, o membro do *Parquet* oficiante junto ao Juízo da Auditoria Militar, que:

A tal argumentação seria possível acrescentar, de igual sorte, a regra de transição do art. 711 do Código de Processo Penal Militar, que estabelece que nos “processos pendentes na data da entrada em vigor deste Código, observar-se-á o seguinte: (...) b) o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não estatuir prazo menor do que o fixado neste Código; c) se a produção da prova testemunhal tiver sido iniciada, o interrogatório do acusado far-se-á de acordo com as normas da lei anterior; d) as perícias já iniciadas, bem como os recursos já interpostos, continuarão a reger-se pela lei anterior” (destaques acrescidos na transcrição). (doc. 117)

Tal interpretação seria absolutamente mais condizente com o princípio da identidade física do juiz (CPP, artigo 399, parágrafo 4º) e, como consequência, se coadunando com “os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o magistrado que presenciou a colheita da prova seja o responsável pela prolação da sentença.”¹⁴

V – CONCLUSÃO

Nestas condições, o parecer desta Procuradoria de Justiça é no sentido de se firmar a competência do juízo suscitado (2ª Vara Criminal de São Gonçalo), considerando as seguintes conclusões:

a) As condutas, tais como narradas na denúncia, que se subsumem à figura delitiva do artigo 2º, parágrafos 2º, 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13, estão contempladas no *novel* conceito de crime militar e, portanto, deveriam ir a julgamento na Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que, considerando-se os reflexos penais

¹³ Ob. citada, p.54.

¹⁴ DE JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal Anotado*. 23ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, p.335.

e processuais penais decorrentes da ampliação do conceito de infração penal militar e a cisão da fase instrutória do procedimento, também com evidente negativa repercussão aos acusados, impõe-se a manutenção da competência do juízo suscitado; e

b) As condutas, tais como narradas na denúncia, que se subsumem à figura delitiva do artigo 16, na forma do artigo 20, ambos da Lei nº 10.826/03, não merecem a roupagem de crime militar, pois praticadas em ambiente não sujeito à administração militar, fora da atividade militar e por motivo de cunho essencialmente particular, em razão do que refogem à competência da Justiça Militar, merecendo, assim, permanecer o processo e julgamento perante o juízo suscitado.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2018.

DENNIS ACETI B. FERREIRA
Procurador de Justiça

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ nº 2018.00299105

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício/GAESF/GAB nº 44/2018 do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos Contra a Ordem Tributária – GAESF, no qual formula consulta relativa ao posicionamento da Chefia Institucional acerca do acesso, por via administrativa, de dados fiscais de envolvidos em investigações de natureza civil ou criminal conduzidas pelos órgãos de execução do *Parquet* estadual.

A presente consulta encontra justificativa na dificuldade relatada pelo GAESF em obter, da Secretaria Estadual de Fazenda, informações fiscais relevantes e imprescindíveis ao bom desempenho de suas funções. Segundo informa o requerente, o posicionamento da Secretaria Estadual de Fazenda, em não permitir ao Ministério Público o acesso aos referidos dados fiscais, vem prejudicando o auxílio prestado aos *órgãos* de execução, especificamente no que diz respeito à prevenção e à repressão de ilícitos penais e civis praticados em detrimento da ordem tributária estadual¹, além de causar limitações *ao pleno funcionamento* do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos – CIRA/RJ, criado pelo Decreto Estadual nº 45.550, de 25 de janeiro de 2016.

Para subsidiar a consulta formulada, os nobres subscritores acostaram aos autos cópias dos seguintes documentos: (i) Resolução GPGJ nº 2.100/2017, que cria o grupo de atuação especializada no combate à sonegação fiscal e aos ilícitos contra a ordem tributária – GAESF (fls. 5-7); (ii) Decreto nº 45.550/2016, que cria o comitê interinstitucional de recuperação de ativos do Estado do Rio de Janeiro (fls. 8-11); (iii) Resolução Conjunta SEFAZ/PGJ nº 114/2011, que fixa normas de cooperação técnica entre o Ministério Público e a Secretaria de Fazenda no combate aos crimes contra a ordem tributária (fls. 12-15); (iv) decisões da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento do Rio de Janeiro, em que se opina pela liberação de informações, ao Ministério Público, de benefícios fiscais concedidos a contribuintes (fls. 16-18); (v) Parecer PGFN/CAT nº 2029/2013, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, emitido em 31 de outubro de 2013, em que informa sobre a impossibilidade de responder a consulta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre o acesso, por via administrativa, de dados bancários e fiscais, tendo em vista a dependência de parecer conclusivo da Advocacia-Geral da União sobre a extensão da Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU/2007, ou seja, se a não oposição

¹ Resolução GPGJ nº 2.100, de 17 de fevereiro de 2017.

do sigilo fiscal pelas autoridades da Administração Pública abarca todos os ramos do Ministério Público (fls. 19-22); (vi) Parecer Conclusivo nº 28/2016-EAO/DPP/PGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, que versa sobre a dispensa de autorização judicial para o acesso de dados fiscais pelo Ministério Público (fls. 23-55).

Considerando a natureza do objeto a ser analisado, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 56.

II

O presente expediente visa a estabelecer uma diretriz institucional que subsidie a atuação dos órgãos com atribuição no combate à sonegação fiscal e aos ilícitos contra a ordem tributária. Assim, ocorre em razão da resistência de alguns setores em permitir o acesso direto, pelo Ministério Público, a dados completos sobre incentivos e isenções fiscais de investigados, sem necessidade de autorização judicial.

A análise ora realizada estará calcada em três pilares fundamentais: (I) o entendimento do fisco; (II) o acesso a dados fiscais como medida de transferência de sigilo; e (III) tendências da jurisprudência.

II.1. O Entendimento do Fisco

O esforço em se estabelecer uma diretriz institucional acerca da temática advém do atual posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Procuradoria da Dívida Ativa, embasado no Parecer PGE/PG-5/MVCB nº 001/2018, de 26 de fevereiro de 2018, cuja cópia ora é acostada aos autos, no qual é apontada a impossibilidade de o Ministério Público ter acesso direto e amplo a informações sigilosas constantes dos bancos de dados fazendários, assim como o deferimento de requisições de entrega direta de informações econômico-fiscais de contribuintes, sem intermediação judicial.

Considerando o teor dos fundamentos elencados no referido parecer, a Procuradoria-Geral da Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro concluiu ser imperioso a reformulação da Resolução Conjunta SEFAZ/PGJ nº 114/2011, especificamente dos dispositivos que garantem ao Ministério Público acesso amplo ao banco de dados da Secretaria de Estado de Fazenda.

Os fundamentos tratados no referido parecer levam em consideração, especialmente, que o acesso amplo e direto às informações fiscais por parte do Ministério Público fere a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Esse posicionamento, por sua vez, vem alicerçado em duas vertentes: (i) o eventual entendimento prevalecente no âmbito da União a respeito do tema; e (ii) os esclarecimentos sobre às hipóteses em que se pode admitir, ou não, a transferência de informações acobertadas pelo sigilo fiscal da Administração Tributária ao Ministério Público para fins de instrução de processos penais, cíveis e administrativos.

No tocante ao enfrentamento da temática no âmbito da União, não obstante o reconhecimento de divergências a esse respeito, foram destacados dois pareceres

e uma nota técnica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: (i) o Parecer PGFN/CAT nº 2.458/2012, no qual se consolidou a prevalência da “Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU de 2007”, aprovada pelo Advogado-Geral da União, no sentido de que o Ministério Público Federal pode requisitar diretamente informações protegidas pelo sigilo fiscal; (ii) o segundo parecer, Parecer PGFN/CAT/ nº 593/2008, em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recomendou a oitiva da Advocacia-Geral da União para definir a extensão do conteúdo da Nota Técnica nº 179/2007, o qual ainda não tinha sido respondido pela AGU; e (iii) a Nota Técnica PGFN/CAT nº 1.455/2014, na qual se requereu a revisão da Nota Técnica nº 179/2007, tendo em vista o mais recente parecer da AGU, que destacou o entendimento sobre a impossibilidade de atendimento de requisições diretas de informações protegidas por sigilo fiscal ao Ministério Público da União e aos Ministérios Públicos dos Estados, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas.

Quanto à transferência direta de informações acobertadas pelo sigilo fiscal da Administração, os argumentos apresentados no parecer estadual, em síntese, apontam para os seguintes fatores: (i) tanto a Lei Complementar nº 75/1993 quanto a Lei Complementar Estadual nº 106/2003 estabelecem que o Ministério Público deve representar ao órgão judicial competente para obter informações protegidas por sigilo; (ii) nos termos do Código Tributário Nacional, o Ministério Público não é órgão integrante da Administração Tributária do Estado do Rio de Janeiro, para fins de transferência direta de informações com as Fazendas Públicas; (iii) não é possível a transferência direta de informações para fins de instrução de processos criminais, salvo diante da existência de representação fiscal para fins penais, de inscrição na dívida ativa e parcelamento ou moratória, nos termos do art. 198, §3º, do Código Tributário Nacional e nas infrações penais dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária), tendo ocorrido, ou não, representação fiscal; (iv) para fins de instrução de processos administrativos, as informações somente poderão ser fornecidas ao Ministério Público mediante autorização judicial, sob pena de o agente público responder penal, administrativa e civilmente pelo fornecimento de informações indevidas, ressalvada a apuração de ilícito de natureza administrativa, se comprovada a instauração regular do processo administrativo, com o objetivo específico de investigar servidor do Ministério Público, por prática de infração administrativa junto ao órgão; e (v) a impossibilidade de transferência de informações sigilosas para a apuração da prática de ilícitos de natureza cível e para o auxílio na arrecadação de recursos do erário.

Em que pesem os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral do Estado para impedir o acesso direto do Ministério Público ao banco de dados da Fazenda Estadual, o certo é que os fundamentos lá destacados *já foram* enfrentados em outras oportunidades. A própria Coordenadoria-Geral de Defesa da Probidade, da Advocacia-Geral da União, no Parecer nº 28/2016 – EAO/DPP/PGU/AGU (fls. 23-55), aponta os fundamentos jurídicos e legais que permitem aduzir que os dados fiscais podem ser transferidos diretamente ao Ministério Público, sem restringir o direito à privacidade das pessoas, *verbis*:

Acesso pelo Ministério Público da União e dos Estados aos dados fiscais mantidos pela Receita Federal do Brasil. Entendimento jurisprudencial majoritário de que se depende, em regra, de autorização judicial. Prejuízo ao combate à corrupção e à recuperação de ativos, diante da dificuldade e da demora na obtenção desses dados. Art. 129 da CF, art. 8º da LC nº 75/93, e art. 198, §1º, II, do CTB, permitem que os dados fiscais sejam transferidos eletronicamente para o Ministério Público, sem afetar o direito à privacidade das pessoas, principalmente para proteção de Direitos Humanos violados pela corrupção. *Nota Técnica DENOR/CGU/AGU nº 179/2007*, aprovada pelo Senhor Advogado-Geral da União, permite que o Ministério Público acesse diretamente dados fiscais, contudo, interpretada restritivamente, por não abranger expressamente o Ministério Público dos Estados. Posteriormente, o *Parecer AGU/SF/01/2014*, com o *de acordo do Consultor-Geral da União*, conclui que nenhum ramo do Ministério Público poderia acessar diretamente dados fiscais, tendo em vista a jurisprudência dos Tribunais Superiores (este parecer não foi ainda apreciado pelo Advogado-Geral da União). Não obstante, há decisões dos Tribunais favoráveis ao acesso direto do Ministério Público, embora minoritárias. Recentemente julgado do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.390/DF, indica que essa jurisprudência minoritária pode se tornar prevalente daqui em diante, uma vez que foi reconhecida a possibilidade de transferir dados bancários para autoridades da RFB, bem como transferir dados fiscais para autoridades administrativas, o que não configuraria quebra de sigilo, mas sim transferência de sigilo, sem que haja violação à privacidade das pessoas. Ausência de coisa julgada material no STJ sobre a proibição do Ministério Público acessar diretamente dados fiscais. Direito comparado: em diversos outros países democráticos, é permitido esse tipo de acesso pelo Ministério Público, não sendo cabível concluir que esses países democráticos estariam violando direitos fundamentais, ao contrário, esta possibilidade existe justamente para proteger direitos fundamentais atacados em razão de atos de corrupção. Postulação de reanálise da aprovação conferida ao Parecer nº AGU/SF/01/2014, a fim de reconhecer que a Nota Técnica DENOR/CGU/AGU nº 179/2007, de 27 de dezembro de 2007, já prevê o direito/dever dos Ministérios Públicos dos Estados e da União acessarem de forma eletrônica dados fiscais da Receita Federal, conforme se depreende, também, da *Nota Técnica nº 200 DENOR/CGU/AGU, de 2008*. Proposta semelhante do Consultor da União, Dr. Rui Magalhães Piscitelli, com base nos respeitáveis trabalhos dos órgãos integrantes da Ação nº 11, de 2016, da ENCCLA, no sentido de que o entendimento restritivo não deve prevalecer, sobretudo, no âmbito administrativo.

Releva destacar que a atual recalcitrância da Fazenda Estadual, corroborada pela Procuradoria-Geral do Estado, em não disponibilizar diretamente ao Ministério Público dados fiscais de envolvidos em investigações de natureza civil ou criminal, ocorre em paralelo à crise financeira, de segurança e, principalmente, moral que o Estado do Rio de Janeiro atravessa. Note-se que o parecer da PGE indica a mudança de posicionamento em um momento em que se discute a falta de transparência nas relações envolvendo candidatas, futuros governantes, e os financiadores de campanhas eleitorais. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente, em parte, o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650² para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Em relação às pessoas físicas, as contribuições permanecem disciplinadas pela legislação em vigor.

A receita Estadual, por sua Procuradoria, indica, ainda, que o Ministério Público não pode ter acesso a dados fiscais sigilosos em desconformidade dos requisitos previstos no art. 198 do Código Tributário Nacional, preceito que tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

- I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
- II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

- I – representações fiscais para fins penais;
- II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
- III – parcelamento ou moratória.

² STF, Pleno, ADI nº 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015, DJe de 24/02/2016.

II.II. O Acesso a Dados Fiscais como Medida de Transferência de Sigilo

Conforme se depreende do §2º do art. 198 do CTN, é obrigatório o compartilhamento de informações no âmbito da Administração Pública, sendo descabido o argumento de sigilo no que tange aos dados a respeito das renúncias fiscais e na constituição e extinção dos créditos tributários. O Ministério Público integra a Administração Pública, não a iniciativa privada; sua atuação, na persecução penal de ilícitos fiscais, consubstancia importante estímulo à respectiva quitação; e não há quebra de sigilo, mas mera transferência de dados sigilosos.

Em outra oportunidade, observamos³ que, conforme o disposto no art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, “[n]enhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”, preceito que é subsidiariamente aplicável ao Ministério Público Estadual (art. 80 da Lei nº 8.625/1993). Portanto, nenhum agente público pode opor ao Ministério Público a exceção legal de sigilo, ainda que as informações requisitadas estejam cobertas por esta garantia. Nesse caso, transfere-se ao membro do Ministério Público o ônus de zelar pela manutenção do sigilo das informações recebidas. Como se percebe, adotou-se uma posição ambivalente em relação ao sigilo, que polariza as estruturas de poder, no âmbito das quais a informação pode circular, e o público privado, ao qual se opõe o sigilo.

Na lição de Miguel Reale⁴, “é compreensível que, em se tratando de órgãos ou entidades de Direito Público, não titulares de direitos pessoais, assista ao Ministério Público o poder de suspensão de sigilo, nenhuma autoridade podendo contrapor-se à sua determinação”.

Os contornos linguísticos dos referidos comandos da Lei Complementar nº 75/1993 e da Lei nº 8.625/1993 devem ser compreendidos em conformidade com o nosso *acquis* histórico e com os objetivos a serem alcançados na sua aplicação.

A linguagem, em sua essência, é flexível.⁵ Na medida em que o uso da linguagem em geral está suscetível à influência de valores de ordem social e cultural, é possível se falar em uma “etnografia da comunicação”, o que desaconselha seja a análise da linguagem situada num plano puramente abstrato. A constatação de que a linguagem é um fenômeno essencialmente social e que a concretização do processo de comunicação pressupõe a sua contextualização tornam de difícil aceitação a tese da total separação entre esses dois fatores. Não é por outra razão que a análise do contexto, com especial realce às regras socioculturais, mostra-se imprescindível à identificação do sentido dos enunciados linguísticos utilizados⁶. O texto é um “retículo cultural” e seus elementos estruturais estão sujeitos a “revoluções e mutações constantes”.⁷

³ Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 557-560.

⁴ Incompetência do Ministério Público para Quebra do Sigilo Bancário. In: *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 123.

⁵ Cf. MARMOR, Andrei. *Social Conventions: From Language to Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 102.

⁶ Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to “think like a lawyer”*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 45; e SOLAN, Lawrence M. *The Clinton Scandal: Some Legal Lessons for Linguistics*, in: COTTERILL, Janet. *Language in the legal process*. New York, Palgrave Macmillan, 2002. p.180 (186).

⁷ Cf. BITTAR. *Hermenêutica e Constituição...*, p.239 (244).

Com os olhos voltados à tríade “*Texten, Theorien und Praxis*”, que não pode ser ignorada em qualquer análise linguística, máxime quando destinada à comunicação normativa,⁸ não nos parece possível encampar o argumento simplista de que a relação entre texto e realidade refletiria, tão somente, uma espécie de interação entre o “teórico” e o “pragmático” ou mesmo que a linguagem projetaria, no contexto, uma representação de significados pré-concebidos, estruturados na individualidade do emitente da informação e que nem sempre acompanhariam as vicissitudes culturais. Teoria e prática não mantêm, entre si, uma mera relação de antecedente e consequente; interagem e se relacionam,⁹ daí decorrendo uma influência recíproca que não pode ser minimizada. A alegação de que a linguagem não pode se sujeitar a um “*reducionismo cultural*” desconsidera que ela, em si, é um produto cultural, que direciona o surgimento das convenções que possibilitarão a conexão entre significantes e significados. No plano linguístico, a pragmática encontra-se estritamente relacionada à semântica, já que a funcionalidade dos significantes linguísticos é necessariamente dependente do seu significado e modo de exteriorização.¹⁰ A semântica absorve os sistemas de significado, a pragmática, os processos de comunicação.¹¹

A linguagem convencional, em verdade, está integrada a um processo de comunicação no qual os participantes se engajam em circunstâncias concretas de modo a satisfazer objetivos específicos. Esse processo tanto pode redundar na mera reprodução, como na reconstrução da realidade de acordo com a visão particular do participante. São justamente os recursos oferecidos pela linguagem que lhe dão sustentação, daí a conhecida sentença de Wittgenstein:¹² “os limites de minha linguagem significa os limites do meu mundo.” A linguagem não é espelho da realidade, mas fator de interação com a realidade. Não é, igualmente, realidade empírica suscetível de puro conhecimento, mas instrumento de apreensão da experiência social.

A existência de comandos que vedam a oponibilidade do sigilo ao Ministério Público deve ter a sua força expansiva potencializada, em especial no nosso atual momento histórico. A realização de escolhas trágicas, recorrente em países de modernidade tardia como o Brasil, é sensivelmente potencializada com a malversação e o desvio de recursos públicos, o que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, busca evitar ou, no mínimo, remediar.

O art. 26, §2º, da Lei nº 8.625/1993, ao dispor que “[o] membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”, veicula norma mais ampla que o art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, não fazendo referência à autoridade, o que permite concluir que o Ministério Público Estadual poderá ter acesso a qualquer informação coberta pelo sigilo legal, ainda que oriunda de particular.

⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. Jg. Heft 22-23, 2005. p.685 (685).

⁹ Cf. VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975. p.94.

¹⁰ Cf. LEVINSON, Sanford. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. p. 1 e ss.; WROBLEWSKI, Jerzy. *Cognition of Norms and Cognition through norms*, in DI BERNARDO, Giuliano. *Normative structures of the social world*. Amsterdam: Rodopi, 1988. Volume 11, p. 223 (223).

¹¹ Cf. ECO, Umberto. *I Limiti dell'Interpretazione*. 4ª ed. Milano: Bompiani, 2004. p. 260.

¹² Tratado Lógico-Filosófico (*Tractatus Lógico-Philosophicus*). 3ª ed. Trad. de LOURENÇO, M. S. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 114.

Disposição similar já era contemplada no art. 210, §4º, da Lei nº 8.069/1990, *verbis*:

O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

Tais normas, no entanto, não excepcionam as hipóteses em que o próprio texto constitucional exija a intervenção do Poder Judiciário para o acesso às informações sigilosas.

Após afirmar que a ação civil pública é meio adequado ao ressarcimento dos danos decorrentes da má gestão do Erário, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o poder de requisição do Ministério Público e, apesar de ressaltar que o órgão público destinatário poderá negar certidão ou informação “nos casos em que a lei impuser sigilo” (art. 8º, §2º, da Lei nº 7.347/1985), decidiu que “a relação de devedores do ICMS não se enquadra dentre as hipóteses em que se requer sigilo¹³”.

No plano do sigilo fiscal e do alcance do poder requisitório do Ministério Público, merece referência a sistemática inaugurada pela Lei nº 9.430/1996, cujo art. 3º dispõe que “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”. Esse comando legal, que não teve sua constitucionalidade afastada pelo Supremo Tribunal Federal, permite sejam estabelecidas duas premissas: 1ª) a prática de um ilícito penal não se situa na esfera de intimidade do indivíduo; e 2ª) o acesso aos dados fiscais não está, sempre, condicionado à prévia autorização judicial, sendo possível que a lei disponha sobre outras formas de acesso, em especial quando as informações não digam respeito, única e exclusivamente, à esfera íntima. Afinal, não seria coerente que, a cada ilícito penal tributário, a autoridade fazendária dependesse de prévia autorização judicial para cumprir a lei.

A sistemática instituída pela Lei nº 9.430/1996 terminou por ser encampada pela Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu alterações no Código Tributário Nacional, conferindo a nova redação do art. 198, conforme visto acima.

Como se percebe, as informações constantes das representações fiscais para fins penais foram expressamente excluídas da abrangência do sigilo bancário.

Cumprir observar que o sigilo fiscal contemplado no *caput* do art. 198 do Código Tributário Nacional somente diz respeito à “situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. Informações meramente cadastrais, que apontem para a inserção do indivíduo no plano social (*v. g.*: filiação e endereço dos sócios de uma sociedade empresária), sequer estão cobertas pelo sigilo fiscal.

¹³ STJ, 1ª T., REsp nº 162.377/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 13/03/2001, DJU de 25/06/2001, p. 106.

As informações fiscais, a exemplo das informações bancárias, estão incluídas sob a epígrafe dos dados, o que, em linha de princípio, exigiria tratamento jurídico similar, qual seja, a necessidade de autorização judicial para o seu repasse ao Ministério Público. Afinal, como já afirmamos, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido que a própria Instituição realize um juízo de ponderação. Isso, no entanto, não impede que o legislador democraticamente legitimado o realize. Desse modo, é perfeitamente possível que a lei indique as informações que não são alcançadas pela garantia do sigilo, como é o caso do art. 198 do Código Tributário Nacional. Não é demais lembrar que a própria *ratio* da lei é a de afastar a garantia do sigilo nas hipóteses em que seja divisada a prática de ilícito. Tanto isso é verdade que a garantia do sigilo não obsta o atendimento a solicitações de órgãos administrativos para a apuração de infrações tributárias (art. 198, §1º, do CTN).

Ora, se as representações fiscais destinadas ao Ministério Público e as informações solicitadas por órgãos administrativos para a apuração de infrações disciplinares não estão cobertas pelo sigilo fiscal, como sustentar que essa garantia possa ser oposta à Instituição, comprometendo a própria persecução de ilícitos penais ou de improbidade administrativa? É a mera assinatura da autoridade administrativa, aposta na representação fiscal, que retira o caráter sigiloso da informação? Ou será que toda informação fiscal de relevo para a investigação penal deixa de se enquadrar no âmbito de incidência do sigilo?

Ainda que inexistisse a regra do art. 80 da Lei nº 8.625/1993, que permite a extensão, ao Ministério Público dos Estados, das prerrogativas asseguradas aos membros do Ministério Público da União, jamais seria possível que um órgão público dispensasse tratamento diferenciado às Instituições (v. g.: a Secretaria da Receita Federal, embora franqueie o acesso ao Ministério Público da União, impõe restrições aos congêneres estaduais). A explicação é simples: o federalismo brasileiro é estruturado sob a concepção de simetria, somente aceitando as distinções de tratamento encampadas no próprio texto constitucional. Essa impossibilidade, aliás, foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao afirmar que às Comissões Parlamentares de Inquérito estaduais era assegurado o mesmo poder de quebra do sigilo bancário assegurado às Comissões federais, isso apesar da omissão da Lei Complementar nº 105/2001, que somente se refere às últimas¹⁴. Nessa perspectiva, tanto o Ministério Público estadual como o congêneres federal têm suas atribuições e estrutura básica definidas na Constituição, não sendo dado aos órgãos administrativos discriminá-los na interpretação da lei.

A técnica da ponderação exige que os interesses envolvidos influam livremente no juízo valorativo do intérprete, não sendo possível conferir posições de primazia absoluta *in abstracto*. Além disso, é necessário prestigiar os juízos de ponderação realizados pelo legislador democraticamente legitimado.

O interesse público, em muitos casos, devidamente amparados pela ordem jurídica, sobrepõe-se ao interesse individual, exigindo adequada e rigorosa apuração de fatos que atentam contra a estabilidade das relações jurídicas e a segurança social.

¹⁴ STF, Pleno, ACO nº 730/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 22/09/2004, DJ de 11/11/2005.

In casu, a partir de um exercício de ponderação dos interesses em tela, questiona-se: o fornecimento de informações concernentes a dados fiscais causa maior lesividade à sua privacidade do que a paralisação de serviços públicos relevantes? Em situações como esta, o interesse público há de prosperar, não só em razão do seu maior peso e dimensão, como também em virtude da insignificante lesão à privacidade das pessoas investigadas.

II.III. Tendências da Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando sua jurisprudência no sentido de que os órgãos da administração tributária podem quebrar o sigilo fiscal de contribuintes, sem autorização judicial, visando à consecução do interesse público.

Em fevereiro de 2016, a Corte Suprema decidiu, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, bem como no RE nº 601.314, com repercussão geral reconhecida, que o art. 6º da LC nº 105/2001, guarda consonância com a Constituição Federal. Apesar dessas ações diretas de inconstitucionalidade versarem sobre sigilo bancário, *é nítida a analogia* com o sigilo fiscal, conforme excerto abaixo:

(...) Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, §1º, da Constituição Federal.

(...)

O Tribunal tem considerado que a cadeia de produção da prova é legítima, portanto, a representação fiscal para fins penais pode ser instruída com os elementos colhidos junto às instituições financeiras.

Ora, o próprio art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, no ponto em que inseriu o §1º, inciso II, e o §2º no art. 198 do CTN, não determinou a quebra de sigilo, mas a transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico, que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

Em julgados recentes, que opuseram o fisco às instituições bancárias, o STF vem mantendo esse mesmo posicionamento, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL

ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI Nº 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei nº 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item a do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: O art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

7. Fixação de tese em relação ao item b do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: A Lei nº 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(STF. 1ª Turma. *Decisão Monocrática. Recurso Extraordinário nº 1.057.667*, Rel. Min. Roberto Barroso. j. 03.08.2017, Dj 08.08.2017)

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL PARA INSTRUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. 2. O acórdão recorrido entendeu que os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias não poderiam ser utilizados no processo penal. Entendimento que contraria a orientação majoritária da Corte, no sentido de que é possível a utilização das informações obtidas pelo fisco, por meio de regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF. 1ª Turma. AG.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.057.667 – SE, Rel. Min. Roberto Barroso. j. 12.12.2017, Dj 23.02.2018)

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região também não destoa do posicionamento do STF. No *Habeas Corpus* nº 0020412-68.2016.4.03.0000/SP, o relator, Desembargador Paulo Fontes, realizou uma analogia com o tratamento dado aos agentes da Receita Federal em matéria de sigilo bancário.

De acordo com o nobre julgador,

Se a Receita Federal, com atribuições relevantes, mas certamente não mais que aquelas desempenhadas pelo *Parquet*, pode requisitar diretamente dados bancários, por que não poderia fazê-lo o próprio Ministério Público?

Além disso, a decisão afirma que os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro aconselham firmemente a flexibilização do sigilo bancário como forma de aprimorar o combate à criminalidade organizada. Como exemplo, temos a Recomendação nº 9 do Grupo de Ação Financeira (GAFI), organização encarregada do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial.

O voto ainda destaca que a nova ordem constitucional põe os membros do Ministério Público “ao abrigo de injunções políticas e outras formas de pressão que poderiam macular uma atuação isenta e voltada à consecução do interesse público”,

equiparável ao que ocorre com os magistrados. Também ressaltou que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de o Ministério Público investigar crimes de forma direta, o chamado “poder investigatório do Ministério Público em matéria penal”.

Saliente-se, ainda, que os limites do acesso pelo Poder Público a informações ou dados relacionados aos cidadãos é tema que tem ensejado diversos debates e divergências doutrinárias, sobretudo ao colocar em lados opostos os valores referentes à preservação da intimidade da pessoa e a imprescindibilidade de se garantir maior efetividade na defesa do interesse público.

A linha evolutiva do posicionamento da doutrina aponta para o fato de que o acesso direto a dados fiscais, por parte de órgãos públicos, aí inserido o Ministério Público, não afeta em nada o direito à privacidade, uma vez que não há quebra de sigilo nesses casos, mas sim transferência de sigilo e dever de manutenção.

Na atual conjuntura social, a Administração Pública tem como uma de suas mais relevantes atribuições a de efetivar e promover políticas públicas, em especial aquelas que concorrem para a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes. Na promoção das políticas públicas, o Estado assume o papel de promotor e executor, enquanto a pessoa, individual ou coletiva, assume o *status* de beneficiário ou destinatário dessas políticas. Assim, é fundamental que sejam aprimorados os mecanismos de controle sobre os gastos públicos, a fim de evitar lesões ao erário e, conseqüentemente, o descumprimento dos fins institucionais a que o Estado se destina.

Portanto, a possibilidade de acesso direto, pelo Ministério Público, aos dados fiscais concorre para a satisfação do interesse público e não oferece qualquer mácula ao interesse particular, pois o sigilo é preservado. Além disso, permite uma atuação mais eficiente na defesa do erário.

III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica se mostra favorável ao repasse direto de dados fiscais ao Ministério Público, sem autorização judicial, de modo a viabilizar o exercício de suas atribuições constitucionais, observadas as cautelas necessárias à salvaguarda do sigilo transferido.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2018.

EMERSON GARCIA
Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO

Processo nº 0002322-47.2012.8.19.0202

Relatora: Des.^a Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelados: A.N.K. e N.N.H.

Apelada: F.K.M., representada pela Curadoria Especial

Apelação. Infância e Juventude. Ação de Adoção c/c pedido de lavratura de registro civil de nascimento c/c pedido de tutela antecipada. Casal congolês refugiado, residente no Brasil, que postula a adoção de adolescente congolense, também refugiado, cuja mãe está desaparecida. Autor que figura como pai registral no RCN do adotando, expedido pela República Democrática do Congo. Adoção unilateral deferida à companheira do pai registral. Manutenção dos dados maternos em razão da ausência de informações do paradeiro da genitora. Reconhecimento da multiparentalidade. Apelo ministerial no tocante à determinação judicial de lavratura de novo registro de nascimento civil pela autoridade registral brasileira. Ausência de amparo legal. Violação do direito à identidade do adotado. Reconhecimento da soberania da República Democrática do Congo para averbar a sentença que deferiu a multiparentalidade entre a genitora e a mãe adotiva. *Parecer pelo conhecimento e provimento do presente recurso.*

Colenda Câmara,

I - BREVE RELATÓRIO

Trata-se de Apelação em face da Sentença de fls. 200/206 (doc. 226), proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital, que, no bojo da Ação de Adoção c/c Pedido de Lavratura de Registro Civil de Nascimento c/c Pedido de Tutela Antecipada, JULGOU PROCEDENTE o pedido de adoção por companheira do pai registral, proposto por N.N.H. em favor da criança S.N.K., nos termos do artigo 41, §1º do ECA, mantendo no registro o nome dos pais biológicos, conforme registro efetuado na República Democrática do Congo (certidão de nascimento – doc. 221), e JULGOU EXTINTO o pedido quanto à adoção por A.N.K., uma vez que este já consta como pai registral, conforme fls. 169/170, nos termos do artigo

485, VI do CPC. A Sentença guerreada, ainda, REVOGOU a tutela antecipada deferida, à fl. 91v, uma vez que o adotando já possuía registro civil. Determinou, também, a Decisão recorrida que, após o trânsito em julgado, a criança fosse registrada com o nome de S.N.K., filho de A.N.K., F.K.M. e N.N.H., *por mandado de promoção de registro civil ser encaminhado para assentamento no 1º Ofício, Livro E.*

Apelação interposta pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, às fls. 208/211 (doc. 238), sustentando, em resumo, que o menino S. já possui certidão de nascimento válida, emitida pela República Democrática do Congo; que ignorar a existência do documento de nascimento lá emitido é ignorar a soberania daquele País; que o Estado Brasileiro não possui a jurisdição para determinar a substituição da certidão de nascimento emitida pela República Democrática do Congo; que a Magistrada *a quo* agiu com acerto ao determinar a adoção do adolescente S. por N., visto que ambos são estrangeiros refugiados com residência permanente em território brasileiro, mas que a Douta Magistrada não poderia ter determinado a promoção de registro civil de nascimento brasileira de S., uma vez que o mesmo não se adequa em nenhuma das hipóteses legais contidas na Lei de Registros Públicos, em que é autorizada tal expedição; que a decisão de adoção emitida no Brasil sequer pode se aventar que terá validade em terras estrangeiras; que a República Democrática do Congo terá que homologar a decisão brasileira para que a mesma surta efeitos. Em resumo, requer o Ministério Público que seja conhecido e dado provimento ao presente recurso com a reforma da doutra Sentença recorrida, no tocante à decisão de emissão de registro de nascimento civil pela autoridade registral brasileira.

À fl. 211v. (doc. 242), Decisão do Juízo *a quo* mantendo a Sentença por seus próprios fundamentos e contrarrazões requerendo que seja mantida *in totum* a Sentença.

Despacho do eminente Desembargador Relator à fl. 249 (doc. 249), determinando a intimação da Defensoria Pública e, após, à Procuradoria de Justiça.

Nesse estado, os autos foram encaminhados a esta 2ª Procuradoria de Justiça.

II - DO PROCESSAMENTO E JULGAMENTO PRIORITÁRIO DO RECURSO

Inicialmente, requer este órgão de execução seja observada a PRIORIDADE ABSOLUTA no processamento e julgamento do presente recurso, em face da relevância das questões em apreço, nos termos do art. 198, III c/c 199-C do ECA, dispensando-se revisor, pondo-o EM MESA para julgamento no prazo máximo de 60 (sessenta dias), contados da sua conclusão, como dispõe o art. 199-D do ECA c/c art. 3º, §§ 1º e 2º do Provimento nº 36 do Conselho Nacional de Justiça.

Requer, ainda, a indispensável intimação pessoal desta Procuradoria de Justiça especializada da data do julgamento e das decisões, na forma dos arts. 19, §1º e 41, III e IV da Lei nº 8.625/1993, art. 82, II e III da LC/RJ 106/2003, e art. 203 do ECA.

III - DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e, presentes os demais requisitos a sua admissibilidade, demanda ser conhecido.

IV - DO MÉRITO RECURSAL

Cuidam os autos de Ação de Adoção c/c pedido de lavratura de registro civil de nascimento c/c pedido de tutela antecipada proposta por A.N.K. em favor do adolescente S.N.K. (nascido em 30/10/2002 – doc. 221 - Registro Nacional de Estrangeiro nº V758384-X, classificado como refugiado), filho de F.K.M., supostamente falecida no Congo, no mês de julho de 2010, em decorrência do ataque dos rebeldes integrantes do grupo armado denominado LRA (“*Lord’s Resistance Army*”).

O autor A., natural do Congo, após êxito na fuga do seu país de origem, chegou ao Brasil junto com S., em 10/02/2011, dizendo-se pai do menino, sem, contudo, portar a certidão de nascimento deste, o que dificultava o atendimento aos direitos fundamentais, tais como a realização da matrícula na rede oficial de ensino, cuidados de saúde e assistência social.

Por tal motivo, postulou A. a medida judicial liminar de expedição de *segunda via do registro civil de nascimento do adolescente S.* (fl. 17 – doc. 000002), no bojo do pleito de adoção.

Esta medida protetiva, aliás, foi formulada anteriormente, entre outras providências, no Processo nº 0008226-82.2011.8.19.0202 (docs. 63/73).

Mas, com a investigação da existência de vínculo genético de filiação, realizada por meio do exame de DNA, concluiu-se, entretanto, estar excluída a paternidade de A. sobre S. (docs. 42/55), razão pela qual o autor requereu a adoção do menino.

Mesmo diante da prova da ausência de vínculo consanguíneo entre A. e S., tendo em conta a afirmação de que o autor o teria registrado como filho, foi expedido ofício à Embaixada da República Democrática do Congo, com escopo de se obter a segunda via do registro de nascimento do adolescente, bem como informações sobre o suposto óbito da genitora F. (doc. 59).

Às fls. 168/170 (doc. 188), finalmente, foi juntada a certidão de nascimento de S., oriunda do país de origem do menino, que confirma a paternidade registral do autor A.

Considerando o núcleo familiar onde S. está inserido, a Ação de Adoção foi emendada (doc. 96) incluindo no polo ativo a congoleza N.N.H. (doc. 158) e inserindo a genitora de S., F.K.M., no polo passivo da demanda.

Os estudos social e psicológico atestaram a vinculação entre A. e S. (fls. 110/114 – doc. 115 – e 117/119 – doc. 123). De igual modo, os estudos social e psicológico complementares ratificaram os vínculos que o casal A. e N. possui com o menino (fls. 137/139 – doc. 148 e fls. 157/160 – doc. 171).

Registre-se que o núcleo familiar composto por A., sua companheira N., o adolescente S. e os enteados H. e J. estabeleceu residência com ânimo de permanência no Brasil, exercendo A. atividade laborativa na empresa ID do Brasil Logística, com vínculo empregatício formal. À fl. 172 (doc. 192) consta, inclusive, a informação da Polícia Federal no sentido de que A. possui visto definitivo de estrangeiro refugiado (Registro Nacional de Estrangeiro nº V758384-X).

Sobreveio a Sentença julgando procedente o pedido de adoção formulado por N. em favor de S., *mantendo no registro os nomes dos pais biológicos constantes no assentamento efetuado do Congo (certidão de nascimento – doc. 221)* e julgando extinto o pedido de adoção proposto por A., uma vez que este já consta como pai registral.

Determinou, também, a Sentença que, após o trânsito em julgado, *fosse S. registrado com o nome de S.N.K., filho de A.N.K., F.K.M. e N.N.H., tendo como avós paternos S.K. e V.N., e como avós maternos I.K.P. e J.M.M. e N.O. e N.E., por mandado de promoção de registro civil a ser encaminhado para assentamento no 1º Ofício, Livro E.*

Inconformado, o Ministério Público interpôs Apelação apenas no que tange à promoção do registro civil em cartório brasileiro, determinada no *Decisum*, na forma que se segue:

[...] Determino que após o trânsito em julgado seja a criança *registrada* com o nome de S.N.K., filho de A.N.K., F.K.M. e N.N.H., tendo como avós paternos S.K. e V.N., e como avós maternos I.K.P. e J.M.M. e N.O. e N.E., *devendo o mandado de promoção de registro civil ser encaminhado para assentamento no 1º Ofício, Livro E.* [...] [g.n.]

Por certo, assiste razão ao recorrente quando afirma que o Estado Brasileiro não possui jurisdição para determinar o cancelamento da certidão de nascimento de S. emitida pela República Democrática do Congo e expedir nova inscrição de nascimento de estrangeiro refugiado no território nacional.

Embora aos estrangeiros sejam assegurados os direitos fundamentais conferidos aos brasileiros (art. 5º da Constituição Federal c/c art. 95 da Lei nº 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro), deve-se perquirir, *in casu*, se a autoridade judicial brasileira pode determinar a *lavatura de registro de nascimento/ adoção/multiparentalidade de estrangeiro*.

Ora, os autores, embora residentes no Brasil com ânimo definitivo, possuem nacionalidade congoleza. No que concerne ao registro de sua admissão no Brasil, dispõe o art. 30 do Estatuto do Estrangeiro:

O estrangeiro admitido na condição de permanente, de temporário (incisos I e de IV a VI do art. 13) ou de asilado *é obrigado a registrar-se no Ministério da Justiça*, dentro dos trinta dias seguintes à entrada ou à concessão do asilo, e a identificar-se pelo sistema datiloscópico, observadas as disposições regulamentares.

Por sua vez, havendo registro prévio, o art. 31 do referido Diploma legal diz que o nome e a nacionalidade do estrangeiro serão os constantes do documento de viagem, não podendo, contudo, ser tal nome alterado, a não ser nas restritas hipóteses elencadas no art. 43 daquele Estatuto, sendo a competência para esta modificação do Ministério da Justiça, até mesmo se naturalizado:

Art. 43. O nome do estrangeiro, constante do registro (art. 30), poderá ser alterado:

I - se estiver comprovadamente errado;

II - se tiver sentido pejorativo ou expuser o titular ao ridículo; ou

III - se for de pronúncia e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa.

§1º O pedido de alteração de nome deverá ser instruído com a documentação prevista em Regulamento e será sempre objeto de investigação sobre o comportamento do requerente.

§2º Os erros materiais no registro serão corrigidos de ofício.

§3º A alteração decorrente de desquite ou divórcio obtido em país estrangeiro dependerá de homologação, no Brasil, da sentença respectiva.

§4º Poderá ser averbado no registro o nome abreviado usado pelo estrangeiro como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

Art. 44. Compete ao Ministro da Justiça autorizar a alteração de assentamentos constantes do registro de estrangeiro.

Art. 115. O estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça, declarando: nome por extenso, naturalidade, nacionalidade, filiação, sexo, estado civil, dia, mês e ano de nascimento, profissão, lugares onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior, se satisfaz ao requisito a que alude o artigo 112, item VII e se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa. [...]

§3º Qualquer mudança de nome ou de prenome, posteriormente à naturalização, só por exceção e motivadamente será permitida, mediante autorização do Ministro da Justiça. [g.n.]

Vale consignar, ainda, que a condição jurídica dos autores e do adolescente S., cujo registro de nascimento a r. Sentença determinou a lavratura, é de *pessoa estrangeira refugiada* rigida, no território brasileiro, pela Lei nº 9.474/97.

Neste sentido, o artigo 6º da referida lei estabelece que o refugiado terá direito a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem. Além disso, a condição de refugiados de S. e dos adotantes é revogável (artigos 38 e 39 da Lei nº 9.474/97).

Ou seja, embora possam desfrutar dos direitos civis inerentes aos brasileiros, não foi concedido aos estrangeiros, residentes no Brasil, o direito de ter emitida uma certidão de nascimento em seu favor, tendo em vista que esta prerrogativa é restrita ao brasileiro.

Não bastasse a ausência de respaldo legal para a lavratura de registro de nascimento de pessoa estrangeira refugiada por cartório brasileiro de registro civil de pessoas naturais, verifica-se que a jurisprudência afasta tal possibilidade, cabendo trazer à baila os seguintes argumentos elencados no Agravo de Instrumento nº 0043770-58.2011.8.19.0000 pelo Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres¹:

É de se destacar que nenhum Tratado ou Convenção referida neste recurso autoriza a realização de registro de crianças nascidas em outro país no país signatário do Tratado ou Convenção. Não há uma linha sequer neste sentido e não há porque seria um absurdo, além de ser desnecessário em face das regras estabelecidas com objetivo de dar a proteção pretendida na inicial. Nossa Lei nº 9474/97 que define normas para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 não autoriza tal registro e a Lei do Registro acima referida só autoriza registro de nascido em nosso território e excepcionalmente daqueles nascidos em navios ou aeronaves (art. 51) até mesmo se forem filhos de brasileiros nascidos no exterior têm que se submeter as regras próprias prevista na Lei de Introdução às Normas. Aliás, este assunto – registro de filhos de brasileiros – que pelo critério do sangue seriam brasileiros, foi tema de diversas reportagens em razão da insegurança gerada pela legislação a respeito do assunto. O Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 6815/80, seguindo a linha sempre adotada pelo direito brasileiro e mantido na C.F. de 1988 artigo 5º assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos fundamentais e das garantias individuais em igualdade com os nacionais, conforme regra expressa no art. 95 e o trabalho e a matrícula em estabelecimento de ensino estão previstas no artigo 97 do referido estatuto. A Lei nº 9474/97 já referida estabelece no art. 6º que o refugiado terá direito nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 à cédula de identidade comprobatória de sua condição, carteira de trabalho e documento de viagem e no artigo 7º e ss. às condições para que alguém que ingresse no país seja reconhecido como

¹ 19ª Câmara Cível do TJRJ, j. 18/04/2013.

refugiado. Por sua vez, o art. 21 estabelece que seja emitido um protocolo do requerimento que o interessado solicita refúgio em favor do requerente e de seu grupo familiar, protocolo este que autoriza a estada até a decisão final do processo. No §1º do referido artigo consta a possibilidade de expedição de carteira de trabalho provisória e no §2º estabelece que no protocolo serão mencionados, por averbamento, os menores de quatorze anos, que seria o caso da criança em referência neste recurso. No art. 22 foi fixado que enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao requerente será aplicável a legislação sobre estrangeiro, portanto os art. 95 e 97 acima referidos, que permitem o trabalho e o estudo. No questionário criado pela Resolução Normativa nº 2 de 27.10.1998 do Conare consta expressamente a opção do Grupo Familiar fazendo constar nome completo, data de nascimento, relação de parentesco, escolaridade. *O mesmo órgão, o Conare – que é o encarregado pelo Governo do Brasil de coordenar com outras instâncias públicas os assuntos relacionados à proteção e integração dos refugiados, na sua Resolução Normativa nº 14 de 27.12.2011 no Capítulo III que cuida da Integração local, na Seção II que cuida dos Direitos e Deveres estabeleceu: “art. 20 – Os efeitos da condição de refugiados poderão ser estendidos ao cônjuge, ascendentes e descendentes menores de 21 (vinte e um) anos, assim como aos demais integrantes do grupo familiar que dependam economicamente do refugiado, nos termos do art. 2º da Lei nº 9474/97 e da Res. Normativa nº 4 do CONARE. Art. 21 – Os refugiados terão acesso ao sistema público de educação em condição de igualdade com os nacionais. Art. 22 – Os refugiados terão acesso ao sistema público de saúde em condições de igualdade com os nacionais. Art. 23 – Os refugiados terão acesso aos serviços sociais públicos nos termos da legislação vigente.” Estas regras atendem ao disposto na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 14.12.1950 que entrou em vigor em 22.04.1954, que no seu art. 22 estabelece: “1- Os Estados Partes darão aos refugiados o mesmo tratamento que aos nacionais no que concerne ao ensino primário. 2- Os Estados Partes darão aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que o que é dado aos estrangeiros, nas mesmas circunstâncias, no que concerne aos graus de ensino superiores ao primário e, em particular, no que diz respeito ao acesso aos estudos, ao reconhecimento de certificados de estudos, de diplomas e títulos universitários estrangeiros, à isenção de encargos e taxas e à concessão de bolsas de estudo. Art. 23 – Os Estados Partes darão aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros*

públicos que é dado aos seus nacionais.” Os direitos assegurados à criança no art. 227 da C.F., são assegurados aos refugiados conforme se observa nas regras acima referidas e em especial na Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil e em vigor por força do Dec. 99.710 de 21.11.90 que em seu artigo 22 estabelece: “1- Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequada a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.” Na verdade, a opção de realização de um registro para a criança em questão ofende ao 7º da Convenção dos Direitos da Criança e em especial ao art. 8º abaixo transcrito: “1- Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito a criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. 2- Quando uma criança vir-se privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequados, visando restabelecer rapidamente sua identidade.” Ora, a toda evidência que nosso sistema já possui instrumental próprio para proteção integral da criança refugiada e se a autoridade com atribuição de fornecimento de documento – o simples protocolo do pedido de refúgio já um documento preliminar como se viu – ou aquela de educação ou de assistência à saúde recusassem validade ou eficácia a tal documento, o caminho seria apenas pleitear a proteção dos direitos assegurados pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais e não, com o devido respeito, violar uma regra lógica criando um sub-registro como se vê na certidão por cópia à fl. 87. [g.n.]

Com efeito, o artigo 50 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) dispõe que a certidão de nascimento brasileira somente pode ser concedida para todo o nascimento ocorrido em território nacional (*caput*) ou de brasileiro nascido no estrangeiro (§5º).

Nesta esteira, colaciona-se:

ECA. MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA E ADOLESCENTE. MENOR NASCIDA NO CONGO. LIMINAR DETERMINANDO A EXPEDIÇÃO DE

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. VIA INADEQUADA. 1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão juntada por cópia à fl. 64, que concedeu a liminar para determinar a expedição do Mandado de Registro Civil de nascimento de A.V., nascida na República Democrática do Congo. 2. Registrou-se, no Rio de Janeiro, uma criança estrangeira, supostamente nascida no dia 14/02/2005, comprovada filha de K.L. e suposta filha de M.D.C., restando ausentes todos os demais dados exigidos na certidão de nascimento (fl. 71), em nítida violação ao comando do art. 50 da Lei nº 6.015/73.3. *O registro de nascimento da menor, caso de fato inexistir, deve ser feito pela autoridade diplomática de seu país de origem, através da representação diplomática existente no Brasil, sob pena de violação dos poderes da República Democrática do Congo.* 4. *Requerimento de naturalização de competência do Ministro da Justiça, nos termos da Lei nº 6.815/80.* 5. Provimento do recurso. (Agravo de Instrumento nº 0041638-28.2011.8.19.0000 – 20ª Câmara Cível – Relatora Letícia de Faria Sardas – Julgamento: 25/01/2012) [g.n.]

Ademais, o menino S. não necessita de um novo registro de nascimento, na medida em que é devidamente registrado em seu país de origem por A. e pela mãe biológica F. e possui os documentos relativos à sua situação de refugiado, os quais o habilitam a gozar de iguais direitos fundamentais de um adolescente brasileiro. E mais, S. não se encontra desprovido de um representante legal no Brasil, haja vista que possui um pai registral – A. – que exerce o poder familiar regularmente em solo brasileiro, sem restrições, conforme se verifica de sua certidão de nascimento lavrada no Congo.

Acresce dizer que o Conselho Nacional para Refugiados (CONARE) reconheceu A. como pai de S., conferindo-lhe todos os direitos inerentes aos estrangeiros em condição de refúgio. Verifica-se, ainda, que o *status* de refugiado já foi concedido em definitivo pelo CONARE (fl. 172). Logo, a declaração de refugiado de A. e de S. tem o efeito de regularizar a situação jurídica de ambos, reconhecendo, por conseguinte, o laço de filiação (arts. 4º a 6º c/c 26 e 28 do Estatuto do Refugiado).

Destarte, ao determinar a confecção de registro civil de S. no Brasil, o Juízo *a quo* não está apenas promovendo um segundo registro do adolescente, que *já é registrado*, mas também, o que é mais grave, concede ao estrangeiro documento exclusivo de nacional brasileiro, causando confusão quanto à sua nacionalidade e identidade.

Por fim, cabe consignar que não há previsão na Lei nº 6.015/73, que *no Livro E seja cabível ou possível a lavratura de registro de nascimento, adoção ou multiparentalidade de pessoa estrangeira.*

Dito isto, passa-se à análise da forma registral da parentalidade civil deferida pela d. Sentença entre a autora N. e o adolescente S.

Como antes assinalado, a autora N. postulou a adoção do enteado S. Sendo ela companheira de A., o pai registral do adolescente, surge a hipótese da adoção unilateral, a qual, mediante decisão judicial, se constitui pelo estabelecimento da maternidade/paternidade civil do filho do companheiro(a) ou do cônjuge (art. 41, §1º da Lei nº 8.069/90).

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. [g.n.]

Contudo, ao invés de conceder a adoção unilateral inicialmente requerida, desligando S. dos laços maternos biológicos, a culta e diligente magistrada sentenciante, com a sensibilidade que lhe é peculiar, não destituiu F. do poder familiar e incluiu N. como mãe no registro original do menino, contudo optou pelo reconhecimento da multiparentalidade.

No caso vertente, portanto, não se trata de uma constituição de uma adoção tradicional pela qual são excluídos os dados paternos/maternos consanguíneos através do cancelamento do RCN do adotando e lavrado um novo registro de nascimento (art. 47 §2º do ECA).

Cuida a espécie em questão do reconhecimento da multiparentalidade entre a adotante N., a mãe biológica F. e o pai registral A. com relação ao adolescente S., o que demanda, na verdade, a averbação do acréscimo do parentesco adotivo e plural no registro de nascimento lavrado no Congo.

Com efeito, embora a multiparentalidade não possua disciplina própria no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil prevê que ela pode ser averbada como um vínculo de filiação no registro de nascimento:

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I – das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

I – dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação. [g.n.]

De tal modo, o ato de averbação no assento de nascimento de quem teve reconhecida a multiparentalidade, se faz nos termos do art. 97, da Lei de Registros Públicos:

Art. 97. A averbação será feita pelo oficial do cartório em que constar o assento à vista da carta de sentença, de mandado ou de petição acompanhada de certidão ou documento legal e autêntico, com audiência do Ministério Público.

Assim sendo, na hipótese de a Decisão judicial reconhecer a multiparentalidade de pessoa registrada no Brasil, o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais, responsável pelo registro afetado, mediante a apresentação de mandado de averbação, lançará à margem do assento os dados do(s) pai(s)/mãe(s), nos termos da decisão judicial.²

Neste caminho, a jurisprudência brasileira que enfrentou o tema em questão³:

Apelação Cível. Ação de adoção. Padrasto e enteado. Pedido de reconhecimento da adoção com manutenção do pai biológico. Multiparentalidade. *Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade.* Deram provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70065388175 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível – Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 17.09.2015).

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes – A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Comarca de Itu, TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, julg. em 14/08/2012, publ. em 14/08/2012).

² JANNOTTI, Carolina de Castro; SOUZA, Iara Antunes de; CORREA, Leandro Augusto Neves; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *AVERBAÇÃO DA SENTENÇA DE MULTIPARENTALIDADE*: Aplicabilidade. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/artigo%20multiparentalidade%20averba%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

³ No primeiro grau de jurisdição, sobre a averbação da multiparentalidade tem-se, ainda: Ação: Declaratória de Paternidade nº: 2013.06.1.001874-5 - Sobradinho/DF, Juíza Ana Maria Gonçalves Louzada, julgado em 06 de junho de 2014. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/237258504/TJDF-Multiparentalidade>. Acesso em: 28 dez. 2016.

DECISÃO. [...] Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, §5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei nº 8069/90, considerando que o adolescente A.M.F., brasileiro, filho de E.F.F. e R.M.F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B.V. da C. - PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E.A.Z.J. A adoção do adolescente A.M.F., que passará a se chamar A.M.F.Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E.A.Z. e Z.Z. *Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando.* (Processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021, TJPR, Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Cascavel, Juiz Sergio Luiz Kreuz, julgado em: 20/02/2013)⁴

Nesta toada, por se tratar de deferimento de adoção unilateral com reconhecimento de multiparentalidade, não há de se falar de cancelamento da certidão de nascimento anterior de S. e lavratura de um novo RCN no Brasil, nem, ao menos, de lavratura de mais um registro de nascimento no Brasil, mas sim de averbação dos dados da adotante N. no registro de S., mantendo-se os dados originais maternos e paternos, o que, a todo evidente, somente poderá ser efetuada pelas autoridades competentes da República Democrática do Congo.

Neste caminho, a doutrina abalizada de Cassetari⁵:

Quando o juiz reconhece a existência da socioafetividade, *deverá determinar a expedição de um mandado de averbação* endereçado ao registro civil. [...] *Se a pessoa já tinha um pai e uma mãe, hipótese de multiparentalidade, haverá o acréscimo de mais um nome no campo filiação, e de mais dois nomes no campo avós.* O referido *mandado de averbação*, portanto, deve ser expedido pelo juiz, obrigatoriamente em nosso sentir, sempre que reconhecida uma parentalidade socioafetiva ou uma multiparentalidade, isso, independentemente da ação judicial proposta, que não precisa ser, necessariamente, a declaratória ou investigatória, pois, como vimos anteriormente,

⁴ Disponível a íntegra em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF. Acesso em: 28 dez. 2016.

⁵ CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p.180-183.

o reconhecimento pode ser também incidental, ou seja, em uma ação que não tenha o objetivo de reconhecer isso, mas ele é fundamental para a concessão do direito. [g.n.]

Impõe anotar, por oportuno, que a parentalidade socioafetiva múltipla reconhecida pela r. Sentença deve ser devidamente averbada no registro civil de nascimento para que seja oponível *erga omnes* e produzir os mesmos efeitos do parentesco biológico, o que significa dizer que S. passará a deter direitos e obrigações recíprocos com relação à adotante N. e, também, aos avós, bisavós, irmãos, tios, primos, sobrinhos socioafetivos que se encontram no Congo.

Vale dizer, então, que a emissão de um novo registro civil de nascimento brasileiro para o menino S. se mostra prejudicial para a preservação da identidade do mesmo, na medida em que violará o seu direito fundamental ao respeito (art. 17 do ECA).

Art. 17. *O direito ao respeito* consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, *da identidade*, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Como ensina Choeri, “a identidade está diretamente relacionada ao *status personae*, por ser contextual à concepção e à formação da pessoa, tanto no aspecto físico como no psíquico e no intelectual”. E acrescenta:

*A identidade, sob a perspectiva da necessidade de pertencer, inerente à pessoa humana que, como ente social, compartilha os valores e signos do grupo ou organização social em que está inscrita, mantém estrita relação com os demais status jurídicos, seja pela perspectiva política (nacional ou estrangeiro), familiar (filho, casado, adotado), profissional (médico, advogado, servidor público), de gênero (homem, mulher), de saúde (deficiente físico, mental, sensorial, doente mental), de idade (criança, jovem, idoso)*⁶.

Desta maneira, com a devida vênia à ilustre Juíza sentenciante, entende-se equivocada a determinação de lavratura, no Brasil, de um novo registro de nascimento para o adotando S., a uma, porque já existe um registro íntegro e válido no Congo e, a duas, porque se trata de uma adoção unilateral qualificada pela multiparentalidade, para a qual há a relativização do art. 47, §2º do ECA, sendo averbação no registro original a forma adequada de espelhar os vínculos parentais que S. possui, sob pena

⁶ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.276-277.

de interferência na preservação da identidade, nacionalidade e nome do adolescente em tela, direitos da personalidade que o Estado Brasileiro se comprometeu a respeitar ao ratificar a Convenção dos Direitos da Criança⁷:

Art. 8º 1 – Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2 – Quando uma criança vir-se privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas, visando a restabelecer rapidamente sua identidade. [g.n.]

Em suma, o vínculo adotivo multiparental entre a congoleza N. e o menino S., constituído pela r. Sentença guerreada, deve ser averbado pela autoridade competente do país de origem do adotando, pois lá o mesmo foi registrado, obedecidos os devidos trâmites legais de validação do *Decisum* brasileiro, sob pena de violação dos poderes da República Democrática do Congo.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, opina o Ministério Público *pelo conhecimento e o provimento* do presente recurso para, na forma do presente parecer, *reformar a Sentença* atacada no que tange à determinação da lavratura de novo registro civil do adolescente S.N.K. pela autoridade registral brasileira.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2016.

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL

Procuradora de Justiça

Titular da 2ª Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude

⁷ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução nº 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto nº 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710 de 21.11.1990.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE MESQUITA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FAMÍLIA DE MESQUITA REGISTRO TARDIO

MM. Dr. Juiz,

Cuida-se de pedido de registro tardio de nascimento de YYY, nos termos de fls. 02/04.

Diligências foram realizadas pela Defensoria Pública para localização do registro de nascimento, restando as mesmas infrutíferas para obtenção do registro de nascimento de YYY junto aos Cartórios de Registros Cíveis de Nova Iguaçu/RJ e Mesquita/RJ, conforme teor de fls. 06 e 08/11.

Em pesquisa junto ao DETRAN/RJ, as impressões digitais do autor foram localizadas vinculadas ao cadastro de XXX, filho de AAA e BBB, nascido em 08/11/1979, em outro pedido com a mesma finalidade, realizado em 28/03/2006, conforme teor de fl. 05.

A inicial esclareceu que tais dados constaram indevidamente, requerendo a procedência do pedido para o registro tardio em nome de YYY, filho de AAA e BBB, nascido em 08/11/1984, às 14h, no Município de Nova Iguaçu.

Outras buscas foram procedidas pelo Ministério Público em relação a YYY e XXX, restando as mesmas negativas para YYY e positivas para XXX, sendo localizada a FIC deste, conforme se verifica às fls. 22/26.

Os genitores do autor são falecidos, conforme se constata às fls. 32/33.

Às fls. 43/44 e 46/48, constam documentos dos irmãos do requerente.

AIJ realizada às fls. 80/81, ocasião em que foi colhido o depoimento do autor e deferido o pedido do Ministério Público para a pesquisa em nome de PPP, YYY e XXX com todas as combinações possíveis para averiguar a existência de outra demanda relacionada aos mesmos fatos.

À fl. 97, consta certidão, acompanhada das telas de pesquisas de fls. 82/96, informando que não foi localizada ação de registro tardio com os nomes pesquisados.

AIJ realizada à fl. 106, oportunidade em que duas testemunhas foram ouvidas, além, ainda, de ter sido deferido o requerimento do Ministério Público para expedir ofício junto ao cartório de registro civil de Queimados.

Emenda à inicial às fls. 110/111, a fim de que o registro tardio seja realizado em nome de HHH com o *gênero feminino*. A defensoria requereu na mesma peça o deferimento da tutela de urgência para a concessão do registro provisório de nascimento em nome de YYY.

Acostada à fl. 123, consta a resposta negativa do Cartório do Registro Civil de Queimados.

Laudo do estudo psicológico às fls. 119/120.

FAC de XXX à fl. 125.

Acostada à fl. 127, decisão de deferimento do registro provisório de nascimento em nome de XXX.

É o breve relatório, com fulcro no artigo 43, inciso III, da Lei nº 8.625/93.

Encerrada a instrução processual, verifica o Ministério Público que o conjunto probatório carreado aos autos demonstra que o autor nunca teve seu nascimento registrado e que nasceu no Município indicado por este.

Os genitores do autor já são falecidos (fls. 32/33). No entanto, seus irmãos, DDD e EEE, reconheceram a filiação do requerente ao manifestarem suas concordâncias com o pedido às fls. 107/109.

Ofícios de questionamento de existência de registro de nascimento do requerente foram expedidos ao Cartório do RCPN das comarcas de Nova Iguaçu, Mesquita e Queimados, restando todas as respostas negativas.

Além disso, o departamento de identificação civil do DETRAN/RJ e as pesquisas realizadas pelo Ministério Público resultaram negativas para a localização de identificação civil e criminal quanto a YYY.

Foram localizadas impressões digitais do autor vinculadas ao cadastro de XXX, nome com o qual o autor também se identifica, tendo ocorrido o mesmo pedido com a finalidade de registro tardio em 28/03/2006. Importante registrar que a referida colheita de digitais foi realizada sem a apresentação de registro apto a confirmar a autenticidade dos dados, não possibilitando, com isso, a emissão do documento civil.

Desta forma, entende o *Parquet* que *todas as possibilidades de localizar quaisquer registros civis de nascimento em nome do requerente foram esgotadas*, estando patente a inexistência de assento de nascimento do autor.

Na lição do mestre Zeno Veloso: “o nome civil é um instituto dos mais importantes do Direito e em torno do mesmo apresentam-se interesses privados e públicos. O nome é um direito e um dever. A pessoa tem direito de usar seu próprio nome, identificando-se por ele nas relações sociais e da vida, em geral. E tem o dever de usar o seu nome, e aqui aparece um interesse público”¹.

Dessa forma, exsurge aos olhos o direito do requerente ao seu registro de nascimento. Direito este de cunho privado e público que lhe foi negado por quase 40 anos de uma vida à margem da cidadania.

Vê-se que a inexistência de seu nascimento para o mundo jurídico alijou o requerente dos estudos formais, dos direitos cívicos, impossibilitando ou dificultando, ainda, seu acesso ao sistema público de saúde.

¹ In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Organizador). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p.430.

O nome designa o indivíduo, constituindo-se no principal meio de identificação e diferenciação com relação aos demais indivíduos da sociedade. “O nome como que fica grudado na personalidade e acaba se confundindo com a mesma.”² Por outro lado, denota-se que a falta de um nome para chamar de seu acarretou no requerente o sentimento contrário, que ficou estampado nas páginas deste processo judicial: *a profusão de nomes com que se identificou na vida* (PPP – dado pelos pais na infância; XXX – dado pelo requerente no DETRAN; YYY – nome constante da inicial; e, ao final, HHH – nome com o qual é atual e socialmente conhecido).

No que concerne à data de nascimento do requerente, consubstanciou-se com a prova testemunhal (fls. 107/109) e com o próprio depoimento do autor que este nasceu entre os anos 1978 e 1979, devendo-se considerar correta a data de seu nascimento como aquela declinada na colheita de suas impressões digitais como XXX, qual seja, *08/11/1979*, data esta que condiz com os depoimentos das testemunhas (irmãos do requerente).

Através da instrução processual, constatou-se, também, que o autor se reconhece como pertencente ao gênero feminino desde criança, tendo como nome social HHH, conforme se extrai de fls. 109, 112, 115, 116 e 119/120.

Nas palavras da experta que confeccionou o laudo, “o requerente se sente mulher desde criança e sofreu por esta característica durante toda a vida, o que, somado à exclusão social apontada não só por sua escolha como também pela falta de registro, pela falta de inserção em escola e da garantia de quaisquer direitos à cidadania, poucos desejos acredita que lhe possam ser conferidos” (fl. 120).

Nesta esteira, válido registrar que o direito ao registro do nome do indivíduo é inerente a sua personalidade e tem como fundamento constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, se este indivíduo se reconhece e se identifica em sociedade como uma pessoa de gênero diverso de seu sexo biológico, como no caso em apreço, entende o *Parquet* não haver justificativa válida para imputá-lo algo diferente de sua condição psíquica e social, mormente em respeito aos princípios constitucionais vigentes, o que perpetuaria as situações de constrangimentos e discriminações em nosso meio social.

Em artigo sobre o tema, o eminente Promotor de Justiça, Emerson Garcia, explicou que o transexualismo impõe uma quebra aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física, podendo se manifestar na infância ou na fase adulta, já havendo estudos que indicam que o delineamento pode se iniciar na própria gestação. Conclui, ainda, que “considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade que lhe é inerente e o pluralismo característico de sua ordem jurídica, parece-nos indubitável que o transexual, acima de tudo, mereça amplo e irrestrito respeito: sua disfunção psicológica não deve ser motivo de discriminação ou, pior, de exclusão.”³

² *Idem.*

³ GARCIA, Emerson. *A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: breves notas.* Disponível em: <<https://conamp.org.br/pt/component/k2/item/1008-a-mudanca-de-sexo-e-suas-implicacoes-juridicas-breves-notas.html>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

No caso sob análise, a requerente, apesar de se reconhecer como mulher desde a infância e ter aparência feminina, conforme pôde se averiguar em audiência, não se submeteu à cirurgia de transgenitalização, sendo certo que sua genitália continua masculina, portanto.⁴

A jurisprudência está sendo consolidada no sentido de se possibilitar a alteração do nome e do sexo constantes do registro de nascimento quando concretizada a cirurgia de transgenitalização. Adota este entendimento o ilustre doutrinador Emerson Garcia.⁵

Todavia, quando não realizada a cirurgia mencionada, por falta de desejo ou possibilidade do transexual, enxergam-se decisões em todos os sentidos. Na esteira da prescindibilidade da mutilação para a mudança registral, os relevantes julgados de alguns Tribunais de Justiça brasileiros e o recentíssimo julgamento do STJ, com os quais aderimos:

Apelação cível. Retificação de registro civil. Transgênero. Mudança de nome e de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente. Deram provimento. Unânime. (TJRS, AC 70057414971, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 05/06/2014)

Retificação de assento de nascimento. Alteração do nome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido à cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia

⁴ “O sexo da pessoa humana é normalmente determinado de acordo com quatro referenciais de análise: os cromossomos, as gônadas (ovários ou testículos), os hormônios e as características sexuais, primárias ou secundárias. Os dois primeiros não podem ser substituídos – mas as gônadas podem ser retiradas –, os dois últimos sim. Enquanto os hormônios podem ser alterados com relativa facilidade, as características sexuais, mais especificamente as primárias, apresentam alguma complexidade: o grande desafio é o de lograr êxito, em termos de aparência e correto funcionamento, na alteração anatômica da genitália”. GARCIA, Emerson. *A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas*: breves notas. Disponível em: <<https://conamp.org.br/pt/component/k2/item/1008-a-mudanca-de-sexo-e-suas-implicacoes-juridicas-breves-notas.html>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

⁵ “Se, por um lado, o transexual não está obrigado a se submeter a uma cirurgia que pode colocar em risco a sua incolumidade física, por outro, não há como se considerar ínsito em sua esfera jurídica o direito de ser conhecido por um sexo que mesmo na aparência não ostenta”. GARCIA, Emerson. *Op. cit.*

de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, AC 1.0521.13.010479-2/001, 6ª C. Cív., Rel. Des. Edilson Fernandes, j. 22/04/2014)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público.

2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral.

3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descumar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas.

4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade – *ratio essendi* do registro público, norteados pelos princípios da publicidade e da veracidade registral – deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.

6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil. (REsp. 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp. 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009)

7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças.

8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia

de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.

11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade.

12. *Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito.*

13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora.

(STJ, REsp nº 1626739/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/05/2017, publicado no DJe 01/08/2017) Grifou-se.

Importante consignar que se encontra em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/2009, proposta pela Procuradoria-Geral da República, na qual se discute a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Sobre o tema, manifestou-se em entrevista o então Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot: “Impor uma pessoa à manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade, é a um só tempo atentatório à dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados” (...), “para que se respeite a necessária congruência entre a real identidade da pessoa e os respectivos dados no registro civil, por obviedade palmar, não há que se exigir a realização de cirurgia de transgenitalismo”, “tendo em vista o fato de que não é a cirurgia que concede ao indivíduo a condição de transexual.”⁶ Grifou-se.

⁶ Notícia extraída de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000>.

Neste sentido, entende o Ministério Público que somente haverá pleno atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana caso se possibilite ao transexual (submetido ou não à cirurgia de transgenitalização) a modificação de seu nome e sexo registrais.

No entanto, aduz-se ao presente caso mais um elemento dificultador, pois não se trata de alteração de registro preexistente, para averbação de outro nome e sexo, tendo em vista que nunca foi assentado o nascimento da requerente. Trata-se, na verdade, de primeiro registro de nascimento que será feito de modo tardio, eis que seus genitores não cumpriram tal dever cívico à época de seu nascimento.

Tratando-se de registro tardio de nascimento, o que deve ser espelhado em seu assento civil é a realidade construída pela requerente ao longo de sua vida de exclusão social. Sua família, extremamente numerosa e de poucas luzes, não registrou o nascimento do então menino PPP. Posteriormente, na adolescência, quando houve a identificação com o sexo oposto de seu nascimento, sua família não a aceitou, relegando-a mais uma vez à margem da sociedade.

PPP não foi registrado por seus pais. XXX não pôde ter sua identidade obtida junto ao DETRAN. YYY surgiu como um nome de alguém em desespero, querendo seu reconhecimento social para se submeter a tratamento médico de doença grave, adquirida durante os anos de marginalização da sociedade. Quando, finalmente, HHH surge como expressão de sua sexualidade reprimida desde a infância, clamando por existência social.

O Estado já lhe negou os mais básicos direitos desde o seu nascimento. Não pode lhe subtrair o direito de ser conhecida, reconhecida e tratada como HHH, *gênero/sexo feminino*, filha de AAA e BBB, nascida em 08/11/1979, às 14h, no Município de Nova Iguaçu, tendo como avó paterna FFF e avós maternos GGG e LLL.

Assim, encaminha-se o parecer.

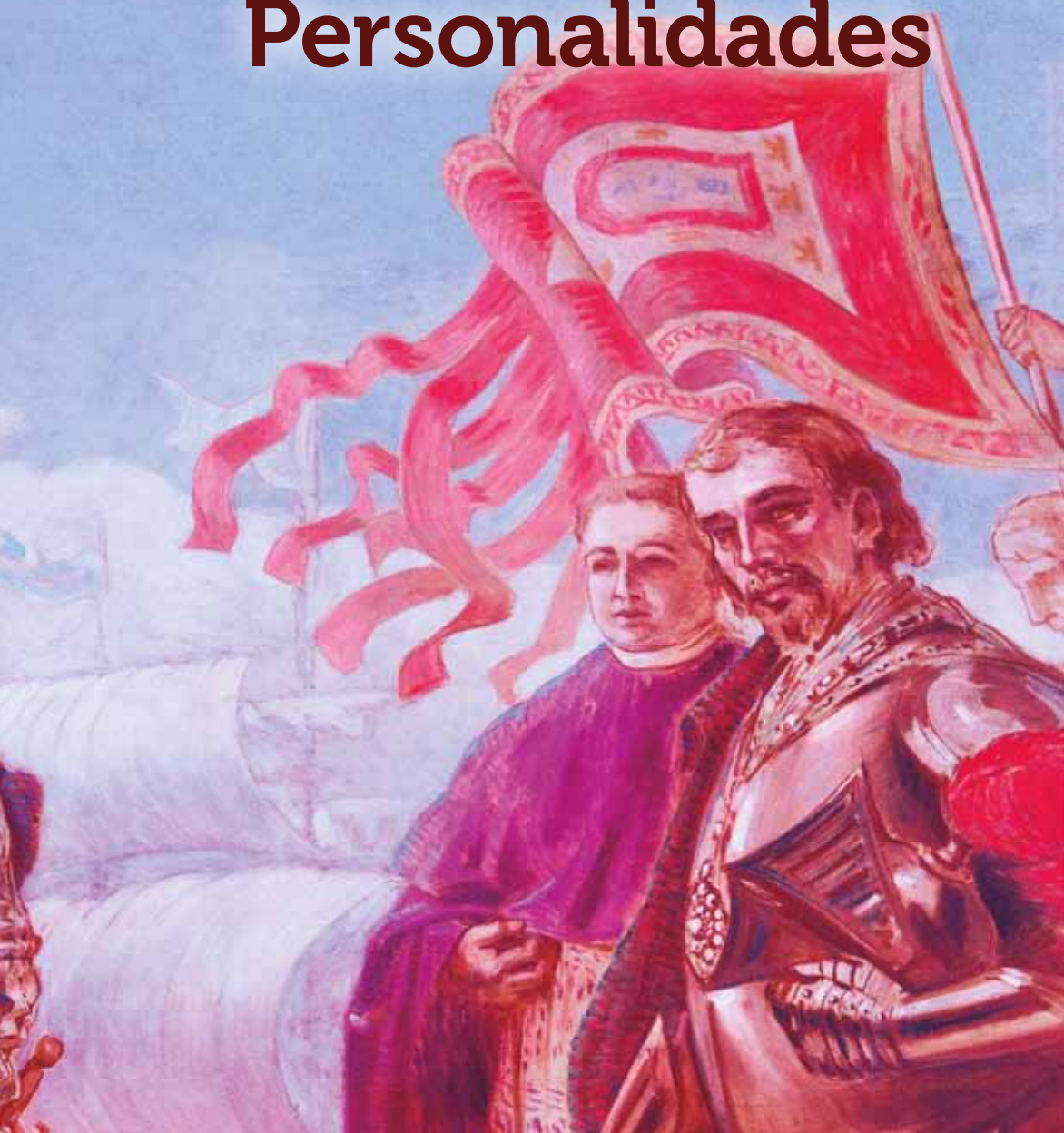
Mesquita, 08 de novembro de 2017.

VIVIANE ALVES SANTOS SILVA
Promotora de Justiça
Mat. 2871



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente para o seu engrandecimento, tanto quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, nossa *Revista*, a partir desta edição, apresenta uma nova seção, intitulada *Memória Institucional - Personalidades*. Nela, serão publicadas diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

A Eva do Ministério Público do Antigo Estado do Rio de Janeiro

Dr^a. Jarcléa Pereira Gomes

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora



[1952] Foto da formatura na Faculdade
de Direito da PUC/RJ

Inspirada por um professor de Direito Penal, Dr^a. Jarcléa sempre sonhou em promover a Justiça através do Ministério Público. Foi aprovada no concurso em 1957, mas a posse somente ocorreu em 1963. Atuou em Barra do Pirai, Pirai, Cambuci, Mendes, Volta Redonda, Nova Iguaçu, Niterói. O fato de ser a primeira mulher a ingressar no quadro do *Parquet* do antigo Estado do Rio de Janeiro ofereceu dificuldades à Dr^a. Jarcléa, porém, proporcionou superações à instituição. Acompanhou, em 1975, como assistente da Corregedoria, a fusão dos antigos Estados da Guanabara e Estado do Rio de Janeiro e obteve destaque por seu conhecimento sobre as comarcas e estruturas jurídicas espalhadas pelo novo Estado.



Entrevista realizada com Dr^a. Jarcléa Pereira Gomes – Projeto Personalidades do MPRJ

MK: Bem, gente, bom dia. Esse é o segundo programa da série “Personalidades do Ministério Público”, que é um projeto da nova gestão do Centro de Memória do Ministério Público do Rio de Janeiro, João Marcello de Araújo Júnior. A nossa ideia é, ao mesmo tempo, proporcionar o encontro dos nossos colegas com a classe e também com alunos, com o público em geral, fazer com que haja uma divulgação do que é a memória do Ministério Público, qual é a história do Ministério Público. Muito bem, então vamos lá para a primeira pergunta, Dr^a. Jarcléa. Quem é Jarcléa Pereira Gomes?

JPG: Eu nasci no Rio de Janeiro, aliás, antigo Distrito Federal. Sou ariana de 09 de abril de 1930, portanto eu tenho apenas 87 anos. A minha educação foi muito rigorosa.

MK: Por quê?

JPG: Porque a minha família era composta de muitos militares, então eu tive uma educação praticamente espartana. Tinha hora pra tudo. Depois que eu fiquei mais crescidinha, ironicamente perguntava “tem hora pra espirrar?”, mas isso foi muito bom pra formação do meu caráter. Eu estudei num colégio na Tijuca, de freiras, e eu tinha um professor de latim. Ele falava muito, gostava muito de citações e ele se referia a Justiniano, a César, a outros jurisconsultos como se fossem colegas dele. E falava muito em justiça, justiça, “dar a cada um o que é seu” e aquilo me impressionou muito. E quando terminavam as aulas, eu gostava muito de conversar com ele. E daí

surgiu a ideia de eu fazer um curso de Direito. Na faculdade, eu tive dois professores. Eu fiz o curso na PUC e, por incrível que pareça, a minha turma era composta só de quarenta alunos, sendo que vinte e cinco eram rapazes e quinze mulheres, quinze moças.

MK: Isso era que ano, Dr^a. Jarcléa?

JPG: Quarenta e oito, 1948, no outro século. Era muito interessante, porque as outras turmas ou não tinham nenhuma mulher ou tinha uma ou duas que não seguiram a carreira. E também eu fiz o curso e tive dois professores, como eu estava dizendo, de Penal era o desembargador Murta Ribeiro e o outro era o professor de Processo Penal Hélio Bastos Tornaghi, era uma capacidade...

MK: Ninguém menos que Hélio Tornaghi.

JPG: É. Então eu me entusiasmei muito pelo Direito Penal. E eles falavam no Ministério Público, é lógico! Falavam no Ministério Público. Eu fui estagiar, estagiei primeiro numa Vara Criminal, na Quarta Vara Criminal e depois estagiei na Quarta Vara de Família.

MK: Dr^a. Jarcléa, a senhora falou que na turma da PUC havia quinze alunas e vinte e cinco alunos. Bom, hoje em dia talvez seja uma estatística que não seja do conhecimento de todos, mas o Ministério Público virou “Ministéria Pública”.

JPG: Ministéria. É, são Mpéias.

MK: Porque existem mais promotoras do que promotores e...

JPG: Mais procuradoras que procuradores...

MK: E mais funcionárias do que funcionários. Quando a senhora entrou no concurso, a senhora fez concurso em...

JPG: Eu fiz concurso, esse meu concurso foi uma novidade.

MK: Conte-me um pouquinho do concurso!

JPG: Foi em mil e novecentos... o edital foi em 1959.

MK: Do antigo Estado do Rio de Janeiro?

JPG: Do antigo Estado do Rio. Bom, eu verifiquei os documentos necessários, recolhi os documentos e fiz a minha inscrição. Passado algum tempo, minha inscrição foi deferida e eu aguardei então a marcação...

MK: Isso era em Niterói?

JPG: Niterói. Aguardei a marcação da prova escrita. Quando eu cheguei ao colégio para fazer a prova, parecia, assim, uma concentração de time de futebol: só tinha homem! Eu fiquei espantada. Eu digo “Será possível?”, até que eu olhei para um lado, olhei para outro e encontrei uma mulher. Depois, demorou o resultado, demorou e tal, e eu fui aprovada. Depois de muito tempo, vieram os exames orais. Eu estava lá esperando pra ser examinada e um dos examinadores chegou pra mim e disse assim: “A senhora devia desistir”.

MK: Assim?! Com essa simpatia toda?

JPG: Assim é, é! Mas foi assim de uma forma assim, uma arrogância! Eu o achei muito arrogante.

“A senhora devia desistir do concurso, porque vai te causar muito problema, não existe mulher no Ministério Público”.

Eu disse pra ele: “Não. Eu, quando saí de casa, falei pra meus pais que eu ia fazer, ia realizar meu grande sonho. Ia fazer o concurso pro Ministério Público. E eu vou fazer! Se eu tiver que ser reprovada, eu serei”.

Então eu fiz o exame e passei. Havia também os promotores adjuntos e, se nós fôssemos nomeados, eles iam perder o emprego.

MK: Eles não eram concursados?

JPG: Não eram concursados. Era aquele tal “quem indica?!” E eles entraram com uma ação judicial e você sabe que a justiça, além de cega, eu acho que ela tem problemas reumáticos ou qualquer coisa, porque é muito lenta, né?! Demorou, demorou, até que houve um acordo. Então começaram as nomeações em 63.

MK: Quer dizer, o concurso foi de 50...

JPG: De 59.



[1963] Foto da posse da Dr^a Jarcléa no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

MK: Demorou quatro anos pra essa novela ter um final.

JPG: É, quase um curso de Direito. Houve a nomeação da primeira leva de colegas e depois eu ficava encabeçando a lista da próxima nomeação. Mas você vê que a perseguição... O [Massar] dizia assim: "Eu tenho pé frio". Eu dizia: "Não, sou eu"! Porque quando eles viram a minha nomeação, saiu errada, mas dolosamente errada e o procurador foi assinando, assinando, mas a minha não podia, porque eu estava sendo nomeada para um cargo que não existia. É! Estava sendo nomeada... Eu tinha que ser promotor substituto e estavam me nomeando para Promotor de Primeira Entrância. Não tinha vaga de Primeira Entrância. Aí foi uma tristeza, uma coisa, mas eu tive muito apoio do procurador da época, Dr. Paulo Antunes de Oliveira e, finalmente, eu consegui.

MK: Qual foi a primeira comarca para qual...

JPG: A minha primeira comarca foi Barra do Piraí. Eu cheguei à Barra do Piraí. Tinha gabinete.

MK: Mesa e cadeira também?

JPG: Tinha... e ventilador.

MK: Tinha ventilador?

JPG: Mas a porta, a porta do gabinete era aquela de vai e vem. Então toda hora entrava alguém olhava e saía e eu ali com os processos. De repente, chegou um advogado e disse assim: “Eu queria falar com o promotor”. Até teve um que disse assim: “A senhora é estagiária?”. E eu tinha que explicar pra todo mundo que não, que eu era promotora e tal. Depois de Pirai, eu fui pra Mendes, mas Mendes foi muito engraçado, porque... aí é um caso pitoresco envolvendo o problema de ser mulher. Tinha um político muito influente lá que andou fazendo umas falcatruas.

MK: Não! Um político fez falcatruas?

JPG: Pois é.

MK: Gente, mas que coisa surpreendente! Olha... agora a senhora me tirou, assim, o centro.

JPG: É isso mesmo. E eu denunciei, eu denunciei esse político. Como a cidade era pequena, se eu levasse processo pra casa pra examinar, todo mundo ficava sabendo e ia avisar pra ele. Então o que eu fiz? Eu estudei o processo, tomei nota dos pontos que eu achava mais importantes e combinei com o juiz. Ele disse assim: “Traga pra mim, porque, se passar pelo cartório, vai todo mundo avisar”. Ah, mas foi muito engraçado, porque, depois, o político foi preso e ele disse que era uma humilhação ser preso a pedido de uma mulher.

MK: Se fosse por um homem, não tinha problema.

JPG: Se fosse por um homem, ele não se incomodava mais do que ser preso por uma mulher.

MK: E de Mendes a senhora foi pra qual outra comarca?

JPG: Volta Redonda. Depois de Volta Redonda, fui pra Magé.

MK: Magé devia também ser pesado!

JPG: Sim. Magé, uma criminalidade incrível.

MK: Muito crime de trânsito.

JPG: Muito. E muito homicídio mesmo. E foi uma época que um engenheiro foi fazer uma medição num terreno lá, o terreno estava assim, *sub judice*, uma coisa assim, e mataram o engenheiro e depois disseram que a próxima seria eu.

MK: Isso mil novecentos e sessenta e...

JPG: É sessenta e quatro.

MK: Na sua carreira, houve algum processo pitoresco ou algum processo traumático? Alguma história de algum caso em que tenha exigido uma maior atenção sua como promotora ou como curadora de família? Alguma briga de família, alguma investigação de paternidade curiosa?

JPG: Eu fui estagiar, estagiei primeiro em uma Vara Criminal e depois estagiei na Quarta Vara de Família. Na Quarta Vara Criminal, eu estagiei com o Dr. Nerval Cardoso, Dr. Roberval Clementino do Monte e com o Dr. Marcelo Maria Domingues, com quem eu ia trabalhar posteriormente. Dr. Marcelo é um caso à parte, né!?

MK: É, põe caso à parte nisso!

JPG: Depois, Vara de Família mexe muito com o seu coração. Eu dizia que aquilo era cardiologia. Em compensação, tinha outro que (ainda na época era desquite) tinha aquela fase de conciliação e ele era oficial de Marinha e a mulher implicando com ele [espicaçando], [espicaçando]. Ele dizia uma coisa, ela contestava e tal. Audiência de conciliação. Aí “Eu quero isso”. Ele disse “Tá bom”. “Eu quero aquilo”. “Ah, concordo”... Aí, depois, ela pediu, não sei, uma coisa lá absurda e o comandante virou pro juiz e disse assim: “Doutor, se eu der tudo isso pra ela, eu não preciso mais vê-la?”. O juiz disse “Não, não há necessidade”. Ele disse “Então tá bom, fica com tudo e eu vou começar do zero”!

MK: Só pra não ter mais que vê-la.

JPG: Pronto. A mulher perdeu tudo! O que ela queria era implicar com ele.

MK: E eu tenho impressão, que eu também atuei em Vara de família, que quanto mais rico pior, né?

JPG: Ah... Mais mesquinha! Na hora da partilha, primeiro era “meu bem”, depois eram “meus bens”.

MK: Exatamente, mudaram. Primeiro era singular, depois era plural.

MK: Como era a infraestrutura dos fóruns do Antigo Estado do Rio?

JPG: *Data venia*. Meu grande sonho era o Ministério Público, sempre foi! Eu era obstinada pelo Ministério Público, mas não havia concurso naquela época no Distrito Federal. O concurso era assim: “quem indica”. Então... Eu não ia aceitar, porque o Ministério Público tem que ser independente. Promotor não tinha gabinete. Era muito difícil. Você trabalhava na beirada da mesa do juiz. Eu me lembro, quando fazia inspeção, os promotores pediam até papel para oferecer denúncia que era difícil.

MK: Telefone... isso é... delirar, né?

JPG: Ah, nem pensar! Não, não. Eles pediam ventilador, máquina de escrever...

MK: Mesa, cadeira...

JPG: Mesa, tudo. Não tinha nada, mas era muito triste, muito triste mesmo. Não havia infraestrutura. A promotoria busca a justiça. Justiça é uma deusa, né? Eu venerava a Justiça. Agora eu só não entendo por que aquela Justiça que está lá em Brasília está sentada. Eu nunca vi Justiça sentada. Você já viu alguma Justiça sentada? Tá lá a Justiça sentada com a espada quebrada.

MK: Aquela espada que tem em frente ao Supremo.

JPG: É, a espada tá quebrada. E onde é que tá a balança do equilíbrio? Eu acho isso estranhíssimo. Nunca consegui, eu queria alguém pra me explicar...



*[1961] Dra. Jarcléa posando junto
à estátua da Justiça de Brasília*

MK: Qualquer semelhança talvez não seja mera coincidência, não é?!

JPG: Eu só queria entender...

JPG: Isso eu nunca revelei nem pras minhas melhores amigas, mas eu fui nomeada Procuradora em 1983 e, naquela época, existia o Tribunal de Alçada. Eu fui designada pro Tribunal de Alçada Criminal. Eu cheguei para o dia da sessão, cumprimentei o magistrado, não era desembargador, era juiz. Cumprimentei e, então, sentei ao lado dele, começaram o julgamento e tal, daí a pouco vem um garçom com uma bandeja com um cafezinho, serviu pro juiz e ele logo falou assim “Segue em frente, porque este café é cortesia do Tribunal para os juízes. O Ministério Público não pode tomar esse café”.

MK: Muito civilizado isso, não é?

JPG: É. Você sabe o que é que eu fiz? Abri a minha bolsa, tirei um bombom de cereja com licor da Kopenhagen e ofereci pro juiz: “Oferta do Ministério Público”. Olha, o homem bebeu água, não bebeu o café!

MK: Eu vou pedir que façam perguntas diretamente à nossa entrevistada. Por gentileza, quem é o primeiro?

Dr^a. Luiza Teresa B. de Matos: Você foi a primeira Promotora do antigo Estado no Rio, a Eva! Famosa Eva. E quem foi a segunda e a terceira do antigo Estado do Rio e o que você tem pra contar a respeito delas?

JPG: Uma foi a Sergina, Sergina Mello. Depois, a segunda, Hermezinda. Hermezinda é um caso especial. Foi minha contemporânea de faculdade, trabalhou também em Barra do Pirai.

MK: Engraçadíssima, ela é muito engraçada.

JPG: Muito, muito falante. Tinha uma colega que gostava de enganar a idade. Então ela tinha nascido em 1933. O que ela fez? Ela fechou o três pra oito.

MK: Oh, que beleza!

JPG: Então ela ganhou cinco anos. Aí um dia nós fomos ao chá da Colombo. Ela, Luiza e Hermê. E ela me pediu pra apanhar uma carteira, qualquer documento dela que tinha justamente a idade, mas eu peguei e entreguei, não tinha curiosidade de saber. Ela pensando que eu tivesse visto disse assim “É, isso aqui está errado porque eu nasci em 38 e esse aqui está constando como 33”. Aí a Hermezinda sai com essa pérola: “Olha, se você nasceu em 33, você está muito bem, mas se nasceu em 38 você está um lixo!”. Ela não tinha papas na língua. “Você está um lixo!”

MK: Essa é a Hermezinda.

JPG: Essa era ela, era ela. Implacável, implacável.

Nayara Cristina dos Santos: Eu queria saber como que a senhora lidou com essa questão do temperamento. De sempre esperarem que talvez as mulheres, elas fossem explosivas ou passivas, como que era? E se isso, em algum momento, se o temperamento da senhora durante a carreira mudou diante das situações, de ter sempre que repetir que a senhora estava em exercício do cargo que era contratada, que não era estagiária... Como que foi isso?

JPG: Olha aconteceu uma vez... Sempre em Mendes. Naquela época, Mendes tinha uma indústria de... Era o frigorífico Anglo e o advogado era um figurão de São Paulo. Então ele veio com uma conversa assim: “É, Doutora, os membros do Ministério Público ganham muito pouco e os de São Paulo ganham muito bem”. Eu digo “É, realmente”. Ele começou a encaminhar a conversa e eu percebi que ele estava querendo me subornar. Então eu tive uma ideia. Eu virei pra ele e disse “Olha, Doutor, se nós ganhamos pouco aqui, realmente a mim não interessa, porque o que eu ganho no Ministério Público, eu compro de bombom, de batom e balas”. Pronto, acabou!

MK: Você tirou o tapete dele, né?

JPG: Tirei, pronto! Mas teve muito, muito fato marcante no Ministério Público, por exemplo, a Fusão [do Estado do Rio de Janeiro com o Estado da Guanabara em 1975] foi um fato que marcou muito. Depois a criação, assim, a aquisição das sedes da Procuradoria. Procuradoria funcionava ali na Nilo Peçanha nº12. Eu tinha uma colega engenheira do trabalho. Aí chegou lá: “Jarcléa, esse prédio aqui está sujeito a ter um incêndio natural. Os fios estão desencapados, aquela



Dra. Jarcléa atualmente com o retrato da posse no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

coisa toda...” Depois se conseguiu uma sede como essa, é uma vitória muito grande. Então eu acho que o Ministério Público está se impondo. Porque muita gente não sabia nem o que era o Ministério Público. Agora há respeito quando se fala...

MK: Eu ouvi muito a seguinte frase: “Você trabalha onde?” “No Ministério Público.” “Mas qual Ministério Público? Qual? Da Fazenda... da Educação... qual Ministério que é?”

JPG: É... Não se sabia! E agora o Ministério Público tem se mostrado muito... Sempre foi atuante, né? Mas agora está mais ainda.

MK: Então, eu quero agradecer a presença de todos, dizer que a gente tem muita satisfação de entrevistar a Dr^a. Jarcléa. Foi uma das primeiras pessoas que, quando eu entrei no Ministério Público, me acolheu lá na Nilo Peçanha nº 12, segundo andar, terceiro andar...

JPG: É... Eu trabalhei na Corregedoria e eu acho que não fiz inimigos, não.

MK: Não. E olha que o lugar não é exatamente muito fácil.

JPG: Exatamente, porque eu me colocava no lugar do colega, eu digo, eu hoje estou sentada desse lado (que era um cargo em comissão), mas amanhã eu posso estar do outro lado, então por que eu vou maltratar o colega?

MK: Gente, muito obrigado! Valeu.

ISAURA SIQUEIRA GUIMARÃES NETA

Transcrição



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

A painting in a classical style, featuring a man in a red hat and armor, holding a sword, standing in a landscape with a large tree and a building. The man is the central figure, looking slightly to the right. He wears a red hat with a wide brim and a red tunic with a blue and red patterned sleeve. He holds a sword in his right hand. The background shows a large tree on the left and a building with a red roof on the right. The overall color palette is dominated by reds, blues, and earthy tones.

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

• • •

PETIÇÃO Nº 5.660 / PARÁ

14/03/2017

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S): WLADIMIR AFONSO DA COSTA RABELO

ADV.(A/S): ANDRÉ LUIZ EIRÓ DO NASCIMENTO

REQDO.(A/S): HELDER ZAHLUTH BARBALHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

REQDO.(A/S): JADER FONTENELLE BARBALHO FILHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

REQDO.(A/S): PAULO ROBERTO MONTALVÃO CERQUEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

EMENTA

PENAL. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMPUTAÇÃO QUE NÃO INDIVIDUALIZA AS CONDUTAS DOS QUERELADOS. ACUSAÇÃO QUE SE BASEIA NA QUALIDADE DE SÓCIOS PROPRIETÁRIOS DE EMPRESA DE RADIODIFUSÃO SONORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME QUANTO A DOIS QUERELADOS. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA E ENVIO DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE QUANTO A UM QUERELADO.

1. Os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da Constituição) impõem que a inicial acusatória tenha como fundamentos elementos probatórios mínimos que demonstrem a materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria.

2. A denúncia ou queixa que não contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da classificação do crime, impede o exercício da ampla defesa, na medida em que submete o acusado à persecução penal, privando-o do contexto sobre o qual se desenvolverá a relação processual.

3. A mera posição hierárquica dos acusados na titularidade da empresa de comunicação, sem a descrição da ação e sem elementos que Ementa e Acórdão evidenciem a vontade e consciência de praticar o crime imputado, inviabiliza o prosseguimento da ação penal, por manifesta ausência de justa causa. Precedente: AP 905-QO, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgada em 23/02/2016, DJe de 21/03/2016.

4. (a) *In casu*, a controvérsia cinge-se à existência ou não da exposição dos fatos criminosos e suas circunstâncias quanto aos querelados Helder Zahluth Barbalho, Jader Fontenelle Barbalho Filho e Paulo Roberto Montalvão Cerqueira, notadamente pela apontada não indicação individualizada das condutas dos dois primeiros na suposta manifestação criminosa.

(b) Da análise da inicial acusatória, percebe-se que o Querelante não individualizou, minimamente, as condutas dos Querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho, imputando, aos mesmos, fatos tidos por criminosos, em razão da mera condição de sócios proprietários da Rádio Clube do Pará Ltda., veículo de comunicação social por meio do qual o radialista Paulo Roberto Montalvão Cerqueira, teria proferido as supostas ofensas à honra do peticionário, consoante destacado na manifestação do Procurador-Geral da República, *in verbis*: “A queixa-crime deve ser rejeitada em relação a Helder Zahluth Barbalho e Jader Barbalho Filho. Verifica-se que o querelante atribui aos aludidos querelados a prática dos supostos crimes contra sua honra exclusivamente em razão de comporem o quadro societário da Rádio Clube do Pará Ltda. Assim, não há nada nos autos que permita atribuir de modo fundamentado a autoria das supostas agressões verbais, alegadamente caluniosas, difamatórias e injuriosas, aos querelados. Em verdade, não há elementos que permitam sequer a imputação de responsabilidade a título de participação, em qualquer de suas modalidades: instigação, auxílio ou ajuste. A presunção de responsabilidade na seara penal colide com princípios e garantias fundamentais, consoante orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal [...]”.

5. *Ex positis*, à luz do art. 395, III, do Código de Processo Penal, a Queixa-Crime deve ser *rejeitada* quanto aos querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho e, afastada a hipótese do art. 102, I, c, da Constituição Federal, devem os presentes autos ser remetidos ao Juízo competente, para averiguar as imputações relativas ao Querelado Paulo Roberto Montalvão Cerqueira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, em determinar o desmembramento do processo em relação ao Requerido Paulo

Roberto Montalvão Cerqueira para que a íntegra, em cópia, seja remetida ao Juízo criminal da Primeira Instância. Na sequência, quanto aos detentores da prerrogativa de foro, Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho, a Turma, por maioria, rejeitou, por inépcia, a queixa-crime, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente.

Brasília, 14 de março de 2017.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente

14/03/2017

PRIMEIRA TURMA

PETIÇÃO Nº 5.660 / PARÁ

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S): WLADIMIR AFONSO DA COSTA RABELO

ADV.(A/S): ANDRÉ LUIZ EIRÓ DO NASCIMENTO

REQDO.(A/S): HELDER ZAHLUTH BARBALHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

REQDO.(A/S): JADER FONTENELLE BARBALHO FILHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

REQDO.(A/S): PAULO ROBERTO MONTALVÃO CERQUEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de queixa-crime oferecida pelo Deputado Federal Wladimir Afonso da Costa Rabelo em face de Helder Zahluth Barbalho, Jader Fontenelle Barbalho e Paulo Roberto Montalvão Cerqueira, imputando-lhes a prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria (artigos 138, 139 e 140, §3º, todos do Código Penal).

A inicial assim narra os fatos qualificados como criminosos (fls. 02/11):

1. O querelante exerce o cargo de Deputado Federal, tendo sido reeleito ao seu 4º mandato consecutivo, integrando a legenda partidária do Solidariedade, partido que, nas últimas eleições de 2014, fez coligação majoritária em apoio à candidatura do Governador Simão Jatene.

2. É cediço a disputa bastante acirrada que ocorreu neste último pleito eleitoral ao Governo do Estado do Pará entre os candidatos Simão Jatene x Helder Barbalho, este último, um dos proprietários da Rádio Clube do Pará, detentor de concessão de Rádio, a emissora Rádio Clube do Pará.

3. A disputa tornou-se ainda mais acirrada no 2º turno, tendo como um dos fatos que mais aqui interessa o de ter o candidato não eleito ao Senado Federal, Jefferson Lima, “pulado”, no 2º turno, para o palanque do candidato Helder Barbalho. Fato que foi amplamente divulgado e debatido por diversos veículos de comunicação do Estado do Pará, ante a atitude estranha de Jefferson Lima trocar de palanque sem nenhuma desculpa plausível, já que no 1º turno fez críticas ferrenhas ao candidato Helder Barbalho.

4. Como a aliança de JEFERSON LIMA e HELDER BARBALHO abalou a opinião pública, começaram a circular pelas redes sociais FACEBOOK e WHATSAPP diversas fotografias e vídeos que achacavam este “amor platônico” de HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA nascido nos “jardins do Éden”, culminando com uma charge da nota de R\$ 100,00 com a foto de JEFERSON LIMA e assinatura do genitor do Candidato HELDER BARBALHO, Sua Excelência, o Senador JÁDER BARBALHO.

5. Ocorre que esta união de HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA foi repudiada pelos eleitores, impedindo assim que os votos do candidato não eleito JEFERSON LIMA ao senado NÃO FOSSEM TRANSFERIDOS ao então candidato HELDER BARBALHO, muito ao contrário, levou ao aumento da diferença de voto entre o candidato HELDER BARBALHO e SIMÃO JATENE no 2º turno, acarretando, como é cediço, a perda da eleição pelo Candidato HELDER BARBALHO ao Governo do Estado do Pará.

6. CULTO(A) MAGISTRADO(A), os candidatos não eleitos HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA passaram a atribuir ao Querelante a derrota nas urnas ao Governo do Estado do Pará, já que passaram a acreditar que todos estes fatos ao norte mencionados teriam sido perpetrados pelo Querelante, O QUE NÃO É VERDADE, pois o Querelante não foi o autor de nenhuma foto nem vídeo, muito menos da charge da nota de R\$ 100,00. Não obstante, HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA passaram a acreditar piamente que a derrota nas eleições de 2014 se deu por culpa do Querelante e, como forma de vingança, iniciaram ataques à honra objetiva e subjetiva do Querelante e seus familiares (Mãe e Filho) nos veículos de comunicação do Grupo RBA, com intuito de assacar a imagem do Querelante e seus familiares junto à opinião pública.

7. O Querelado PAULO MONTALVÃO é locutor da Rádio Clube do Pará AM, possuindo um programa de rádio denominado “linha de frente”, que é veiculado todos os dias no horário das 14h às 15h.

8. Especificamente nesta queixa-crime, o querelado PAULO MONTALVÃO, no programa “linha de frente” no dia 17.11.2014, por ordem dos 2 primeiros querelados, passou a atacar a honra e a imagem do Querelante, fazendo a seguinte afirmação abaixo transcrita:

[sic] Um quadro desanimador, parlamentares como esse tal de Wladimir Costa, não ajudam em nada o estado do Pará a sair dessa situação. O povo paraense, principalmente aqueles que votaram nesse parlamentar, vive uma verdadeira desilusão, até porque esperavam que ele realmente agisse, como um dia em seus programas de rádio, porém *não há como aceitar passivamente, minha gente, esse quadro de desolação e de descaso com a coisa pública, de enriquecimento ilícito. Ilícito, porque ele em momento algum comprovou a origem de tal fortuna mealhada com supostas extorsões.* Com efeito, os exatos caracterizadores de improbidade administrativa, com seus efeitos deletérios, devem ser controlados e combatidos com a máxima efetividade, deste que representa um grande risco para a manutenção do próprio estado democrático de direito, mormente através de uma das suas faces mais perversa que é a corrupção, cujo combate tem que estar enraizado no coração e na mente de cada um e que de forma metafórica, é como um cano de água, quando em seu percurso, há diversos furos, o que importa em desperdício de uma necessidade vital da pessoa humana. Portanto, minha gente, o combate à corrupção não é discurso demagógico não. É lógico que medidas preventivas devem ser pensadas, porém não se pode olvidar de medidas repressivas a fim de que não se generalize, eu diria, uma sensação de impunidade. *Esse velhote que prega honestidade não tem, não tem, nunca teve e jamais terá esse privilégio. Porque esse gene é de berço, foi herdado de quem não teve competência para instruí-lo no caminho do bem. Não por outra razão, que o sancionamento dos atos de improbidade administrativa é inegavelmente um dos comandos da atual Constituição Federal como se percebe pelo seu artigo trinta e sete parágrafo quarto. Que determina punição de tais condutas com graves sanções o que foi regulamentada através de uma das leis mais importantes para concretização dos direitos sociais. A Lei nº 8.429 lá de 92 que tipifica os atos de improbidade administrativa cominando as respectivas*

sanções sem prejuízo da ação penal cabível, um outro importante instrumento para o efeito enfrentamento, efetivo melhor, enfrentamento desse grave problema. Portanto minha gente, é premente para os operadores jurídicos a reflexão sobre os graves efeitos da corrupção, notadamente no contexto atual diante da lamentável constatação de verdadeiro descaso com a coisa pública, do absoluto desrespeito por parte dos agentes públicos e políticos aos princípios que regem a boa administração pública, fulminando diversos direitos, inclusive, *esse mesmo povo que o elegeu, assistiu desencantado, eu diria, as denúncias de corrupção, de enriquecimento ilícito e o rosário de ações propostas contra ele, o Wladimir Costa, lá no Supremo Tribunal Federal. Esse é um caso típico em que a corrupção, por enquanto está vencendo, por essa razão é que eu chamo a atenção do Ministério Público Federal pra que dê uma resposta à sociedade, que clama por justiça e não aceita ser enganada por esse "altravão"*. E, nessa linha de raciocínio, precisamos dar um jeito nesse problema de corrupção, precisamos estancar esse sangramento dos cofres públicos com estratégias eficazes de combate. A corrupção, minha gente, é a decomposição, a putrefação, a depravação, a desmoralização, a devassidão, o suborno onde suas raízes se insinuam no cerne da alma humana, eis que os atos que caracterizam se encontram ligados a uma fraqueza moral. Assim, a corrupção vem sendo ligada aos atos desviantes dos agentes públicos, em sentido amplo eu digo, frente à administração pública materializada na conduta abusiva no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou função pública, com o objetivo de obter ganhos privados e conseqüentemente lesando o patrimônio público. Não se trata aqui, minha gente, de fenômeno atual da sociedade moderna não. Eis que a sua prática remonta a épocas passadas de nossa história conforme salientam os dominadores. Assim a corrupção pública, minha gente, de fenômeno atual da sociedade moderna não. Eis que a sua prática remonta a *épocas passadas de nossa história conforme salientam os dominadores*. Assim a corrupção pública, minha gente, configura fenômeno antigo que inclusive já encontrava previsão na Lei das Doze Tábuas que punia severamente condutas desonestas de parlamentares e juízes aplicando àqueles que recebiam pecúnia, dinheiro, a pena capital. Destacando que a severidade da punição era comum entre os povos da antiguidade, mas isso acontece

na nossa realidade, *o problema causado na realidade pela desonestidade de políticos feito esse que acabei de falar que está sendo acusado de diversos crimes, da onde não devemos tirar o foco sob pena de estarmos robustecendo um os maiores corruptos que o estado do Pará já viu*. Realmente, na esfera pública, a questão da corrupção se agrava mais notadamente quando a administração pública deve respeito irrestrito aos princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e também da eficiência conforme dispõe o artigo 37 da Constituição Federal. *Como falei no início dessa matéria, ele certamente não está ouvindo e se ouvir não vai entender absolutamente nada, por ser um energúmeno do jeito que é*. Dos quais ele deve saber que o agente público não pode se afastar sob pena de comprometer o adequado funcionamento da administração e consequentemente a deficiência das prestações sociais de responsabilidade do estado, coisa que passa muito longe dos seus anseios. Logo por consequência, se pode dizer que os atos de corrupção pública que podem ocorrer de diversas formas, acabam sendo os mais elevados no grau de improbidade administrativa, uma vez o agente público dolosamente atua visando ao benefício próprio ou alheio, num total desrespeito aos padrões normativos do nosso sistema jurídico, quando deveriam dirigir a sua conduta com observância estrita aos princípios que regem a administração pública do que se conclui que sua ação desviante configura ato ilegal e imoral deste que substitui as finalidades das funções públicas pelo interesse particular na obtenção de alguma vantagem, seja patrimonial ou moral. *O fato é que é inexplicável o enriquecimento deste cidadão que era, anos atrás, um mero radialista e que agora conseguiu amedilhar uma fortuna incomparável com a de outras pessoas que já nasceram em berço, pessoas que já nasceram em famílias tradicionais, que herdaram na verdade milhões e milhões*. Não se confere a isso aí a este parlamentar, no caso Wladimir Costa, porque o enriquecimento dele como tem prédios, como tem coberturas no Rio de Janeiro e quiosque na praia de Copacabana, como tem carros de luxo, várias emissoras de rádio e vários processos acumulados na Justiça Federal. Eu espero que o Ministério Público esteja sim monitorando esse problema pra que tome providências urgentes a respeito desse fato e coloque o pingão nos 'is' e aí é uma boa oportunidade para o deputado se defender uma vez que jamais em momento

algun utilizou a tribuna lá da Câmara Federal, num momento tão importante, num momento tão ímpar pra defender, realmente, os interesses do estado do Pará.

São catorze horas agora e dezoito minutos em Belém do Pará. Vamos lá pro intervalo comercial, meu caro Alex (???). Daqui a pouquinho estou de volta. Esse é o seu Linha de Frente, é o programa mais respeitado que farofa de encruzilhada e também mais rápido que crescimento de patrimônio de deputado b**** de silicone.

9. É importante esclarecer que HELDER BARBALHO e JADER BARBALHO FILHO são sócios proprietários da RÁDIO CLUBE DO PARÁ (vide contrato social em anexo), logo, ambos comandam a RÁDIO CLUBE AM que o Paulo Montalvão transmite seu programa e são Eles os mandantes das veiculações da matéria ao norte mencionada, enquanto que PAULO MONTALVÃO, o RADIALISTA, é o executor das ações delitivas aqui apontadas.

10. EMÉRITO(A) JULGADOR(A), é cristalino que a intenção dos querelados ultrapassa, e muito, a missão de informar para semear intrigas e fofocas com a *única intenção de CALUNIAR, DIFAMAR e INJURIAR o querelante agredindo sua honra.*

11. A matéria veiculada, repito, se afasta do equilíbrio de informar, com o intuito de manipular, caluniar, difamar, injuriar e intoxicar a opinião popular ante a matéria gravosa ao bom nome e a imagem pública do Querelante, utilizando-se de AFIRMAÇÕES FALSAS de que O QUERELANTE TIVESSE ENRIQUECIDO ILÍCITAMENTE por corrupção e extorsão chegando ao ponto de injuriar o querelante chamando-o de “energúmeno” e de que o mesmo teria “b**** de silicone”, tudo no afã de denegrir a honra do querelante.

12. Como se não bastasse, os querelados, para assacar ainda mais a reputação do Querelante, com *animus injuriandi*, afirmam que o querelante não possui “berço”, pois sua origem é de família pobre, não nasceu rico e, por isso, é geneticamente ladrão, corrupto, porque não é de família tradicional, injuriando toda a classe pobre e humilde, quando sabemos que a grande maioria dos pobres são honestos e trabalhadores, praticando CRIME DE RACISMO CONTRA OS POBRES, crime previsto na Lei nº 7.716/89, o que será alvo de representação junto ao Ministério Público do Estado do Pará.

Lei nº 7.716/89

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

§2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

13. A boa prática jornalística ensina que, em se tratando de matéria penal, esta deve ser sempre tratada de maneira sóbria e sem se distanciar da realidade fiel dos fatos, evitando o sensacionalismo, a fim de se evitar danos e prejuízos irreparáveis à honra das pessoas.

14. Ao contrário do que foi veiculado pelos Querelados, que tratam o assunto de maneira sensacionalista com verdadeiro *animus caluniandi, difamandi e injuriandi*, o Querelante não possui patrimônio incompatível com seu cargo de Deputado Federal, não é detentor de várias emissoras de rádios, não possui prédios, nem imóveis no Rio de Janeiro (RJ), nem carros de luxo.

15. Como se não bastasse, os Querelados, para satisfazerem o sentimento de vingança por derrota nas urnas de HELDER BARBALHO, chegam ao ápice de atacar a genitora do Querelante quando afirmam que, por ser a mesma pobre, ela não teve competência para instruir o Querelante no caminho do bem.

16. ÍNCLITO(A) MAGISTRADO(A), com as expressões, ocorreu ofensa ao Querelante, em especificamente a sua REPUTAÇÃO, DIGNIDADE e DECORO, ferindo de modo CONTUNDENTE a sua HONRA. Com a vontade livre e determinada dos Querelados em VEXAR, OPRIMIR e até MORTIFICAR o Querelante, tudo com a intenção de vingança pela perda das Eleições de 2014, satisfazendo o que São Tomás de Aquino, no século 13, denominou de PECADOS CAPITAIS, a IRA, aliás, o maior responsável pelos conflitos humanos e, parafraseando Buda, o Iluminado, não estamos aqui querendo tratar o mal com o mal, mas sim aniquilar o mal com a espada da Justiça.

17. Portanto, não restam dúvidas de que os Querelados infringiram os tipos penais descritos no art. 138 do CP (CRIME DE CALÚNIA) quando acusam o Querelado de ter praticado o crime de corrupção e enriquecimento ilícito e, no art. 139 (CRIME DE DIFAMAÇÃO), *já que manipulam as informações de que o Querelante seria detentor de um patrimônio incompatível com sua função sendo proprietário de prédio, emissoras de rádios e imóveis no Rio de Janeiro (RJ), patrimônio fruto de desvio de dinheiro público e corrupção, se utilizando de expressões tendenciosas e de efeito para confundir a opinião pública a formar um imagem deturpada da honra do Querelado, e no art. 140 do CP (CRIME DE INJÚRIA), quando ofendem*

a honra subjetiva do Querelante chamando-o de energúmeno (é toda pessoa inútil que encontramos casualmente, durante nossos dias, que não faz nada certo, ele parece um verdadeiro retardado mental), achacando o Querelante de possuir “b**** de silicone”, o apelidando de “deputado b**** de silicone”, a fim de impingir perante a opinião pública a imagem de que o Querelante seria um homossexual não assumido, já que é demais vaidoso com sua aparência por possuir até “b**** de silicone”, além do CRIME DE INJÚRIA PRECONCEITUOSA, prevista no §3º do art. 140 do CP, denegrindo sua imagem por ter tido uma origem humilde e por isso ser geneticamente ladrão e corrupto como sua mãe, quem, por ser humilde, ensinou o Querelante a roubar (“não teve competência para instruí-lo no caminho do bem”), já que não possui “berço”, além de chamar o Querelante, tudo conforme amplamente acima citado.

Diante de tudo aqui fartamente exposto, por terem os Querelados violado os Art. 138, 139 e 140, *caput*, e §3º do CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, constituindo o tipo de CALÚNIA, DIFAMAÇÃO e INJÚRIA/PRECONCEITUOSA, o Querelante ROGA, portanto, a designação da audiência de conciliação, nos termos do art. 519 CPP e, sendo infrutífera, que seja procedida, *incontinenti*, a CITAÇÃO DOS QUERELADOS nos termos do art. 396 do CP, para se ver processar respondendo a todos os atos do processo e ao final serem CONDENADOS. Protestando, desde agora, por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive oitiva de testemunhas.

Tendo em vista a prerrogativa de foro de HELDER ZAHLUTH BARBALHO, então Ministro da Pesca e Aquicultura, os autos foram enviados ao Supremo Tribunal Federal.

Os Querelados foram notificados para apresentar resposta à Queixa-Crime (fl. 72).

Foram juntadas aos autos as respostas dos Querelados HELDER ZAHLUTH BARBALHO (fls. 80/89), PAULO ROBERTO MONTALVÃO CERQUEIRA (fls. 96/100) e JADER FONTELLE BARBALHO FILHO (fls. 104/113).

Na sequência, conforme determina o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, foi ouvido o Ministério Público Federal, que se manifestou pela rejeição da inicial quanto a Helder e Jader Barbalho e pela remessa à origem relativamente a Paulo Roberto Montalvão Cerqueira (fls. 156/159).

Tendo em vista que o Querelado HELDER ZAHLUTH BARBALHO pediu exoneração, no dia 20 de abril de 2016, do cargo de Ministro de Estado que ocupava no Governo, exoneração esta publicada no Diário Oficial da União do dia 22 de abril de 2016, Seção 2, página 1, determinei a devolução dos presentes ao juízo de origem (fls. 162/171).

O Ministério Público Federal trouxe aos autos informação de que um dos Querelados foi novamente nomeado para o cargo de Ministro de Estado (fls. 175/176), razão pela qual os autos retornaram ao Supremo Tribunal Federal para processo e julgamento.

É o relatório.

14/03/2017
PRIMEIRA TURMA

PETIÇÃO Nº 5.660 / PARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, em primeiro lugar, registro que, neste momento de recebimento da queixa-crime, é verdade que o Código de Processo Penal se contenta com meros indícios. Por outro lado, é preciso que, efetivamente, haja elementos de convencimento capazes de conduzir ao recebimento da acusação contra detentor de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal.

A inicial acusatória deve alicerçar-se em elementos probatórios mínimos que demonstrem a materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da Constituição).

Os parâmetros legais para a admissão da acusação estão descritos nos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. O primeiro, de conteúdo positivo, estabelece as matérias que devem constar da denúncia, já o segundo, de conteúdo negativo, estipula que o libelo acusatório não pode incorrer nas impropriedades a que se reporta.

Com efeito, a denúncia ou queixa que não contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da classificação do crime, impede o exercício da ampla defesa, na medida em que submete o acusado à persecução penal, privando-o do contexto sobre o qual se desenvolverá a relação processual.

Por outro lado, presente a justa causa, isto é, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, nada há de ilegal no constrangimento que representa responder a um processo crime.

O Supremo Tribunal Federal assentou que a mera posição hierárquica do acusado, sem a demonstração de dolo, ou seja, sem elementos que evidenciem a vontade e consciência de praticar o crime imputado, inviabiliza o prosseguimento da ação penal, por manifesta ausência de justa causa, *verbis*:

EMENTA: PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA RECEBIDA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA PELO TRANCAMENTO. PECULATO. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do INQ nº 571, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, a alteração da competência inicial em face de posterior diplomação do réu não invalida os atos regularmente praticados, devendo o feito prosseguir da fase em que se encontra, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* (Inq nº 1459, Rel. Min. Ilmar Galvão). 2. O regular oferecimento e recebimento da denúncia perante o juízo natural à época dos atos desautoriza o pedido de arquivamento formulado nesta fase processual, em homenagem ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. *Não demonstrado pela acusação o dolo do acusado na autorização da despesa e incluído no polo passivo exclusivamente em razão de sua posição hierárquica, fica evidenciada a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.* 4. *Habeas corpus* concedido de ofício. (QO-AP nº 905-MG, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgada em 23/02/2016, DJe de 21/03/2016)

Nas palavras do Ministro Roberto Barroso, relator da Ação Penal nº 905-MG:

*Permitir que o acusado seja submetido a processo exclusivamente pela posição hierárquica superior que ocupava, no caso chefe do DEOESP, viola as regras quanto à autoria e participação que regem o direito penal brasileiro. Deve haver indícios de que o acusado atuou com dolo, o que não se verifica no caso dos autos. Ademais, o mero dever de saber não é suficiente para uma condenação em razão de ensejar uma responsabilização objetiva. Não cabe presunção *in malan partem*, ante o princípio da não culpabilidade. (art. 5º, LVII da Constituição Federal).*

Daí, conclui-se que, em respeito ao princípio culpabilidade, na perspectiva do direito penal do fato, o ordenamento processual penal veda a responsabilidade penal objetiva, aquela que decorre do chamado direito penal do autor.

Com efeito, a imputação baseada exclusivamente na relação de propriedade entre a pessoa física e a pessoa jurídica mediante a qual se praticou o crime contraria o ordenamento jurídico vigente.

In casu, a controvérsia cinge-se à existência ou não da exposição dos fatos criminosos e suas circunstâncias quanto aos querelados Helder Zahluth Barbalho,

Jader Fontenelle Barbalho Filho e Paulo Roberto Montalvão Cerqueira, notadamente pela apontada não indicação individualizada das condutas dos dois primeiros na suposta manifestação criminosa.

Assentadas essas premissas, passo à análise concreta da peça acusatória, a fim de identificar a existência, ou não, da descrição dos fatos criminosos e suas circunstâncias, cujo teor reproduzo:

1. O querelante exerce o cargo de Deputado Federal, tendo sido reeleito ao seu 4º mandato consecutivo, integrando a legenda partidária do Solidariedade, partido que, nas últimas eleições de 2014, fez coligação majoritária em apoio à candidatura do Governador Simão Jatene.
2. É cediço a disputa bastante acirrada que ocorreu neste último pleito eleitoral ao Governo do Estado do Pará entre os candidatos Simão Jatene x Helder Barbalho, este último, um dos proprietários da Rádio Clube do Pará, detentor de concessão de Rádio, a emissora Rádio Clube do Pará.
3. A disputa tornou-se ainda mais acirrada no 2º turno, tendo como um dos fatos que mais aqui interessa o de ter o candidato não eleito ao Senado Federal, Jefferson Lima, pulado, no 2º turno, para o palanque do candidato Helder Barbalho, fato que foi amplamente divulgado e debatido por diversos veículos de comunicação do Estado do Pará ante a atitude estranha de Jefferson Lima – trocar de palanque sem nenhuma desculpa plausível –, já que no 1º turno fez críticas ferrenhas ao candidato Helder Barbalho.
4. Como a aliança de JEFERSON LIMA e HELDER BARBALHO abalou a opinião pública, começaram a circular pelas redes sociais FACEBOOK e WHATSAPP diversas fotografias e vídeos que achacavam este “amor platônico” de HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA nascido nos “jardins do Éden”, culminando com uma charge da nota de R\$ 100,00 com a foto de JEFERSON LIMA e assinatura do genitor do Candidato HELDER BARBALHO, Sua Excelência o Senador JADER BARBALHO.
5. Ocorre que esta união de HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA foi repudiada pelos eleitores, impedindo assim que os votos do candidato não eleito JEFERSON LIMA ao senado NÃO FOSSEM TRANSFERIDOS ao então candidato HELDER BARBALHO, muito ao contrário, levou ao aumento da diferença de voto entre o candidato HELDER BARBALHO e SIMÃO JATENE no 2º turno, acarretando, como é cediço, a perda da eleição pelo Candidato HELDER BARBALHO ao Governo do Estado do Pará.

6. CULTO(A) MAGISTRADO(A), os candidatos não eleitos HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA passaram a atribuir ao Querelante a derrota nas urnas ao Governo do Estado do Pará, já que passaram a acreditar que todos estes fatos ao norte mencionados teriam sido perpetrados pelo Querelante, O QUE NÃO É VERDADE, pois o Querelante não foi o autor de nenhuma foto nem vídeo, muito menos da charge da nota de R\$ 100,00. Não obstante, HELDER BARBALHO e JEFERSON LIMA passaram a acreditar piamente que a derrota nas eleições de 2014 se deu por culpa do Querelante e, como forma de vingança, iniciaram ataques à honra objetiva e subjetiva do Querelante e seus familiares (Mãe e Filho) nos veículos de comunicação do Grupo RBA, com intuito de assacar a imagem do Querelante e seus familiares junto à opinião pública.

7. O Querelado PAULO MONTALVÃO é locutor da Rádio Clube do Pará AM, possuindo um programa de rádio denominado “linha de frente” que é veiculado todos os dias no horário das 14h às 15h.

8. Especificamente nesta queixa-crime, o querelado PAULO MONTALVÃO, no programa “linha de frente” no dia 17.11.2014, por ordem dos 2 primeiros querelados, passou a atacar a honra e a imagem do Querelante, fazendo a seguinte afirmação abaixo transcrita:

[sic] Um quadro desanimador, parlamentares como esse tal de Wladimir Costa, não ajudam em nada o estado do Pará a sair dessa situação. O povo paraense, principalmente aqueles que votaram nesse parlamentar, vive uma verdadeira desilusão, até porque esperavam que ele realmente agisse, como um dia em seus programas de rádio, porém *não há como aceitar passivamente, minha gente, esse quadro de desolação e de descaso com a coisa pública, de enriquecimento ilícito. Ilícito, porque ele em momento algum comprovou a origem de tal fortuna mealhada com supostas extorsões.* Com efeito, os exatos caracterizadores de improbidade administrativa, com seus efeitos deletérios, devem ser controlados e combatidos com a máxima efetividade, deste que representa um grande risco para a manutenção do próprio estado democrático de direito, mormente através de uma das suas faces mais perversa que é a corrupção, cujo combate tem que estar enraizado no coração e na mente de cada um e que de forma metafórica, é como um cano de água, quando em seu percurso, há diversos furos, o que importa em desperdício de uma necessidade vital da pessoa humana. Portanto, minha gente, o combate à corrupção não é discurso demagógico

não. É lógico que medidas preventivas devem ser pensadas, porém não se pode olvidar de medidas repressivas a fim de que não se generalize, eu diria, uma sensação de impunidade. *Esse velhote que prega honestidade, não tem, não tem, nunca teve e jamais terá esse privilégio. Porque esse gene é de berço, foi herdado de quem não teve competência para instruí-lo no caminho do bem.* Não por outra razão, que o sancionamento dos atos de improbidade administrativa é negavelmente um dos comandos da atual Constituição Federal como se percebe pelo seu artigo trinta e sete parágrafo quarto. Que determina punição de tais condutas com graves sanções o que foi regulamentada através de uma das leis mais importantes para concretização dos direitos sociais. A Lei nº 8.429 lá de 92 que tipifica os atos de improbidade administrativa cominando as respectivas sanções sem prejuízo da ação penal cabível, um outro importante instrumento para o efeito enfrentamento, efetivo melhor, enfrentamento desse grave problema. Portanto minha gente, é premente para os operadores jurídicos a reflexão sobre os graves efeitos da corrupção, notadamente no contexto atual diante da lamentável constatação de verdadeiro descaso com a coisa pública, do absoluto desrespeito por parte dos agentes públicos e políticos aos princípios que regem a boa administração pública, fulminando diversos direitos, inclusive, *esse mesmo povo que o elegeu, assistiu desencantado, eu diria, as denúncias de corrupção, de enriquecimento ilícito e o rosário de ações propostas contra ele, o Wladimir Costa, lá no Supremo Tribunal Federal. Esse é um caso típico em que a corrupção, por enquanto está vencendo, por essa razão é que eu chamo a atenção do Ministério Público Federal pra que dê uma resposta a sociedade, que clama por justiça e não aceita ser enganada por esse “altravão”.* E nessa linha de raciocínio, precisamos dar um jeito nesse problema de corrupção precisamos estancar esse sangramento dos cofres públicos com estratégias eficazes de combate. A corrupção, minha gente, é a decomposição, a putrefação, a depravação, a desmoralização, a devassidão, o suborno onde suas raízes se insinua no cerne da alma humana, eis que o atos que caracterizam se encontram ligados a uma fraqueza moral. Assim, a corrupção vem sendo ligada aos atos desviantes dos agentes públicos, em sentido amplo eu digo, em face da administração pública materializada na conduta abusiva no exercício de mandato, de cargo,

de emprego ou função pública, com o objetivo de obter ganhos privados e conseqüentemente lesando o patrimônio público. Não se trata aqui, minha gente, de fenômeno atual da sociedade moderna não. Eis que a sua prática remonta épocas passadas de nossa história conforme salientam os dominadores. Assim a corrupção pública, minha gente, de fenômeno atual da sociedade moderna não. Eis que a sua prática remonta épocas passadas de nossa história conforme salientam os dominadores. Assim a corrupção pública, minha gente, configura fenômeno antigo que inclusive já encontrava previsão na Lei das Doze Tábuas que punia severamente condutas desonestas de parlamentares e juizes aplicando àqueles que recebiam pecúnia, dinheiro, a pena capital. Destacando que a severidade da punição era comum entre os povos da antiguidade, mas isso acontece na nossa realidade, Realmente, *o problema causado na realidade pela desonestidade de políticos feito esse que acabei de falar que está sendo acusado de diversos crimes, da onde não devemos tirar o foco sob pena de estarmos robustecendo um os maiores corruptos que o estado do Pará já viu.* na esfera pública, a questão da corrupção se agrava mais notadamente quando a administração pública deve respeito irrestrito aos princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e também da eficiência conforme dispõe o artigo 37 da Constituição Federal. *Como falei no início dessa matéria, ele certamente não está ouvindo e se ouvir não vai entender absolutamente nada, por ser um energúmeno do jeito que é.* Dos quais ele deve saber que o agente público não pode se afastar sob pena de comprometer o adequado funcionamento da administração e conseqüentemente a deficiência das prestações sociais de responsabilidade do estado, coisa que passa muito longe dos seus anseios. Logo por consequência, se pode dizer que os atos de corrupção pública que podem ocorrer de diversas formas, acabam sendo os mais elevados no grau de improbidade administrativa, uma vez o agente público dolosamente atua visando o benefício próprio ou alheio, num total desrespeito aos padrões normativos do nosso sistema jurídico quando deveriam dirigir a sua conduta com observância estrita aos princípios que regem a administração pública do que se conclui que sua ação desviante configura ato ilegal e imoral deste que substitui as finalidades das funções públicas pelo interesse particular na obtenção de alguma vantagem, seja patrimonial ou moral. *O fato é que é inexplicável o*

enriquecimento deste cidadão que era há anos atrás era um mero radialista e que agora conseguiu amealhar uma fortuna incomparável com a de outras pessoas que já nasceram em berço, pessoas que já nasceram em famílias tradicionais, que herdaram na verdade milhões e milhões. Não se confere a isso aí a este parlamentar, no caso Wladimir Costa, porque o enriquecimento dele como tem prédios, como tem coberturas no Rio de Janeiro e quiosque na praia de Copacabana, como tem carros de luxo, várias emissoras de rádio e vários processos acumulados na Justiça Federal. Eu espero que o Ministério Público esteja sim monitorando esse problema pra que tome providências urgentes a respeito desse fato e coloque o pingo nos 'is' e aí é uma boa oportunidade para o deputado se defender uma vez que jamais em momento algum utilizou a tribuna lá da Câmara Federal, num momento tão importante, num momento tão ímpar pra defender, realmente, os interesses do estado do Pará.

São catorze horas agora e dezoito minutos em Belém do Pará. Vamos lá pro intervalo comercial, meu caro Alex (???). Daqui a pouquinho estou de volta. Esse é o seu Linha de Frente, é o programa mais respeitado que farofa de encruzilhada e também mais rápido que crescimento de patrimônio de deputado b**** de silicone.

9. É importante esclarecer que HELDER BARBALHO e JADER BARBALHO FILHO são sócios proprietários da RÁDIO CLUBE DO PARÁ (vide contrato social em anexo), logo, ambos comandam a RÁDIO CLUBE AM em que o Paulo Montalvão transmite seu programa e são Eles os mandantes das veiculações da matéria ao norte mencionada, enquanto PAULO MONTALVÃO, o RADIALISTA, é o executor das ações delitivas aqui apontadas.

10. EMÉRITO(A) JULGADOR(A), é cristalino que a intenção dos querelados ultrapassa, e muito, a missão de informar para semear intrigas e fofocas com a única intenção de CALUNIAR, DIFAMAR e INJURIAR o querelante agredindo sua honra.

*11. A matéria veiculada, repito, se afasta do equilíbrio de informar, com o intuito de manipular, caluniar, difamar, injuriar e intoxicar a opinião popular ante a matéria gravosa ao bom nome e a imagem pública do Querelante, utilizando-se de AFIRMAÇÕES FALSAS de que O QUERELANTE TIVESSE ENRIQUECIDO ILICITAMENTE por corrupção e extorsão chegando ao ponto de injuriar o querelante chamando-o de energúmeno e de que o mesmo teria b**** de silicone, tudo no afã de denegrir a honra do querelante.*

12. Como se não bastasse, os querelados, para assacar ainda mais a reputação do Querelante, com *animus injuriandi*, afirmam que o querelante não possui “berço”, pois sua origem é de família pobre, não nasceu rico e, por isso, é geneticamente ladrão, corrupto, porque não é de família tradicional, injuriando toda a classe pobre e humilde, quando sabemos que a grande maioria dos pobres são honestos e trabalhadores, praticando CRIME DE RACISMO CONTRA OS POBRES, crime previsto na Lei nº 7.716/89, o que será alvo de representação junto ao Ministério Público do Estado do Pará.

Lei nº 7.716/89

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

§2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

13. A boa prática jornalística ensina que, em se tratando de matéria penal, esta deve ser sempre tratada de maneira sóbria e sem se distanciar da realidade fiel dos fatos, evitando o sensacionalismo, a fim de se evitarem danos e prejuízos irreparáveis à honra das pessoas.

14. Ao contrário do que foi veiculado pelos Querelados, que tratam o assunto de maneira sensacionalista com verdadeiro *animus caluniandi, difamandi e injuriandi*, o Querelante não possui patrimônio incompatível com seu cargo de Deputado Federal, não é detentor de várias emissoras de rádios, não possui prédios nem imóveis no Rio de Janeiro (RJ), nem carros de luxo.

15. Como se não bastasse, os Querelados, para satisfazerem o sentimento de vingança por derrota nas urnas de HELDER BARBALHO, chegam ao ápice de atacar a genitora do Querelante quando afirmam que, por ser a mesma pobre, ela não teve competência para instruir o Querelante no caminho do bem.

16. *ÍNCLITO(A) MAGISTRADO(A)*, com as expressões, ocorreu ofensa ao Querelante, em especificamente à sua REPUTAÇÃO, DIGNIDADE e DECORO, ferindo de modo CONTUNDENTE a sua HONRA. Com a vontade livre e determinada dos Querelados em VEXAR, OPRIMIR e até MORTIFICAR o Querelante, tudo com a intenção de vingança pela perda das Eleições de 2014, satisfazendo o que São Tomás de

Aquino, no século 13, denominou de PECADOS CAPITAIS, a IRA, aliás, o maior responsável pelos conflitos humanos, e, parafraseando Buda, o Iluminado, não estamos aqui querendo tratar o mal com o mal, mas sim aniquilar o mal com a espada da Justiça.

17. Portanto, não restam dúvidas de que os Querelados infringiram os tipos penais descritos no art. 138 do CP (CRIME DE CALÚNIA) quando acusam o Querelado de ter praticado o crime de corrupção e enriquecimento ilícito, e, no art. 139 (CRIME DE DIFAMAÇÃO), já que manipulam as informações de que o Querelante seria detentor de um patrimônio incompatível com sua função sendo proprietários de prédio, emissoras de rádios e imóveis no Rio de Janeiro (RJ), patrimônio fruto de desvio de dinheiro público e corrupção, se utilizando de expressões tendenciosas e de efeito para confundir a opinião pública a formar uma imagem deturpada da honra do Querelado, e no art. 140 do CP (CRIME DE INJÚRIA) quando ofendem a honra subjetiva do Querelante chamando-o de energúmeno (É toda pessoa inútil que encontramos casualmente, durante nossos dias, que não faz nada certo, ele parece um verdadeiro retardado mental), achacando o Querelante de possuir “b**** de silicone”, o apelidando de “deputado b**** de silicone”, a fim de impingir perante a opinião pública a imagem de que o Querelante seria um homossexual não assumido, já que é demais vaidoso com sua aparência por possuir até “b**** de silicone”, além do CRIME DE INJÚRIA PRECONCEITUOSA, previsto no §3º do art. 140 do CP, denegrindo sua imagem por ter tido uma origem humilde e, por isso, é geneticamente ladrão e corrupto como sua mãe, quem, por ser humilde, ensinou o Querelante a roubar (“não teve competência para instruí-lo no caminho do bem”), já que não possui “berço”, além de chamar o Querelante tudo conforme amplamente acima citado.

Diante de tudo aqui fartamente exposto, por terem os Querelados violado os Art. 138, 139 e 140, *caput* e §3º do CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, constituindo o tipo de CALÚNIA, DIFAMAÇÃO e INJÚRIA/PRECONCEITUOSA, o Querelante ROGA, portanto, a designação da audiência de conciliação, nos termos do art. 519 CPP e, sendo infrutífera, que seja procedida, *incontinenti*, a CITAÇÃO DOS QUERELADOS nos termos do art. 396 do CP, para se ver processar respondendo a todos os atos do processo e ao final serem CONDENADOS. Protestando, desde agora, por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive oitiva de testemunhas.

Dos trechos em destaque, percebe-se que o querelante não individualizou as condutas dos querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho, imputando-lhes fatos tidos por criminosos *em razão da mera condição de sócios-proprietários da Rádio Clube do Pará Ltda.*, veículo de comunicação social por meio do qual o radialista Paulo Roberto Montalvão Cerqueira teria proferido as supostas ofensas à honra do peticionante.

Desse modo, a ausência de individualização das condutas dos querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho, com relação aos crimes imputados, inviabiliza o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa sobre os fatos narrados na queixa-crime e viola o princípio da culpabilidade.

Impecável, por isso mesmo, a manifestação do Procurador-Geral da República, cujo teor reproduzo (fls. 157/158):

A queixa-crime deve ser rejeitada em relação a Helder Zahluth Barbalho e Jader Barbalho Filho.

Verifica-se que o querelante atribui aos aludidos querelados a prática dos supostos crimes contra sua honra exclusivamente em razão de comporem o quadro societário da Rádio Clube do Pará Ltda.

Assim, não há nada nos autos que permita atribuir de modo fundamentado a autoria das supostas agressões verbais, alegadamente caluniosas, difamatórias e injuriosas, aos querelados. Em verdade, não há elementos que permitam sequer a imputação de responsabilidade a título de participação, em qualquer de suas modalidades: instigação, auxílio ou ajuste. A presunção de responsabilidade na seara penal colide com princípios e garantias fundamentais, consoante orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal [...].

Portanto, não preenchidos os pressupostos do artigo 41 e incorrendo na vedação do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, a queixa-crime em questão não é apta ao desenvolvimento da persecução penal. Logo, não demonstrada, de forma inequívoca, a materialidade dos crimes e, de forma indiciária, a autoria delitiva, o prosseguimento da persecução penal em análise se revela notório constrangimento ilegal com relação aos querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho por falta de justa causa.

Ex positis, rejeito a queixa-crime com relação aos querelados Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho e, com relação a Paulo Roberto Montalvão Cerqueira, afastada a hipótese do art. 102, I, c, da Constituição Federal, determino a remessa dos presentes autos ao juízo da 3ª Vara Criminal de Belém, perante o qual teve início a tramitação deste feito.

É como voto.

14/03/2017
PRIMEIRA TURMA

PETIÇÃO Nº 5.660 / PARÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, na verdade, o desmembramento, em função da tese trazida da tribuna, pressupõe uma tomada de posição com relação à tese da indivisibilidade da ação penal, que, nos processos que aqui relatei, pelo menos em um deles, ao que me recordo, obteve a adesão do Ministro Luís Roberto Barroso. Na época, mantive a minha compreensão de que sequer chegava lá. Trilhei – e relembro o Inq nº 4.034; o Inq nº 4.189; a Pet nº 5.558; a Pet nº 5.631; e a Pet nº 5.639; todos da minha relatoria – na mesma linha agora adotada ou escolhida pelo Ministro Fux no sentido de que, a partir da petição inicial, em última análise, o que se atribui aos querelados Helder e Jader Barbalho Filho é, nada mais nada menos, uma responsabilidade penal objetiva, que não encontra lastro, porque, com relação a eles, não se identifica qualquer conduta criminosa que não a condição de serem proprietários do meio de comunicação – no caso, rádio; naquelas hipóteses, jornal.

Então, reporto-me a todos aqueles fundamentos, que não vou agora aqui repetir – e acompanho o voto do Ministro Fux, o que significa a rejeição da denúncia contra Jader Barbalho Filho e Helder Barbalho; e a remessa dos autos com relação ao radialista Paulo Roberto Montalvão Cerqueira para que, no Juízo competente – 3ª Vara Criminal de Belém –, tenha início a tramitação do feito.

14/03/2017
PRIMEIRA TURMA

PETIÇÃO Nº 5.660 / PARÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Também sou acaciano na espécie. Voto, em primeiro lugar, no tema que prefere o alusivo à competência do Supremo. Esta – não tenho simpatia alguma pela prerrogativa de foro, mas não posso atuar, com a capa nas costas, a partir da simpatia – é de Direito estrito. Está na Constituição Federal e nada mais.

Então, no tocante ao desmembramento, acompanho o Relator e o Revisor.

Chego à problemática da divisibilidade, ou não, da ação penal privada. A pública é divisível; a privada não é. Realmente, se se apresenta queixa-crime apenas em relação a alguns partícipes do ato que se quer glosado, esse fato implica perdão quanto aos envolvidos.

Mas, no caso concreto, o que se apontou na queixa-crime? Que se teria a autoria material e a intelectual. Longe de mim partir para a responsabilidade objetiva no campo penal. Consoante se veiculou, no caso, os detentores da prerrogativa de serem julgados pelo Supremo seriam os autores intelectuais, ou seja, o radialista

teria atuado a partir de orientação dos dois, considerado o pano de fundo, a disputa política no Estado do Pará. A queixa-crime, a peça primeira da ação penal privada, atende ao artigo 41 e também ao 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, conforme ressaltado no parecer.

Rejeito a inépcia da queixa-crime.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

PETIÇÃO Nº 5.660

PROCED.: PARÁ

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S): WLADIMIR AFONSO DA COSTA RABELO

ADV.(A/S): ANDRÉ LUIZ EIRÓ DO NASCIMENTO (8429/PA)

REQDO.(A/S): HELDER ZAHLUTH BARBALHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO (0017330/PA)

REQDO.(A/S): JADER FONTENELLE BARBALHO FILHO

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO (0017330/PA)

REQDO.(A/S): PAULO ROBERTO MONTALVÃO CERQUEIRA

ADV.(A/S): ANTONIO REIS GRAIM NETO (0017330/PA)

Decisão: Preliminarmente, a Turma determinou o desmembramento do processo em relação ao Requerido Paulo Roberto Montalvão Cerqueira para que a íntegra, em cópia, seja remetida ao Juízo criminal da Primeira Instância. Na sequência, quanto aos detentores da prerrogativa de foro, Helder Zahluth Barbalho e Jader Fontenelle Barbalho Filho, a Turma, por maioria, rejeitou, por inépcia, a queixa-crime, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Falou o Dr. Antônio Reis Graim Neto, pelos Requeridos. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, 14.3.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.293 / SANTA CATARINA

08/11/2017

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REQDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO À SAÚDE E A PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS. LEI Nº 16.285/2013, DE SANTA CATARINA. ASSISTÊNCIA A VÍTIMAS INCAPACITADAS POR QUEIMADURAS GRAVES. ALEGAÇÕES DIVERSAS DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIOS DE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA. OCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS (ART. 30, V) E DA UNIÃO, QUANTO À AUTORIDADE PARA EXPEDIR NORMA GERAL (ART. 24, XIV, §1º).

1. Os artigos 1º, 4º, 6º e 7º da lei impugnada não afrontam a regra, de reprodução federativamente obrigatória, que preserva sob a autoridade do chefe do Poder Executivo local a iniciativa para iniciar leis de criação e/ou extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (art. 61, §1º, II, e, da CF). Mera especificação de quais cuidados médicos, entre aqueles já contemplados nos padrões nacionais de atendimento da rede pública de saúde, devem ser garantidos a determinada classe de pacientes (portadores de sequelas graves causadas por queimaduras).

2. A cláusula de reserva de iniciativa inscrita no art. 61, §1º, II, b, da Constituição, por sua vez, não tem qualquer pertinência com a legislação objeto de exame, de procedência estadual, aplicando-se tão somente aos territórios federais. Precedentes.

3. Inocorrência, ainda, de violação a preceitos orçamentários, tendo em vista o acréscimo de despesas públicas decorrentes da garantia de assistência médica especializada a vítimas de queimaduras. Conforme reafirmado pelo Plenário Virtual desta Suprema Corte em sede repercussão geral (ARE nº 878.911, Rel. Min. GILMAR

MENDES, DJe de 10/10/2016): “Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, §1º, II, a, c e e, da Constituição Federal)”.

4. Ao dispor sobre transporte municipal, o art. 8º da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina realmente interferiu na autonomia dos entes municipais, pois avançou sobre a administração de um serviço público de interesse local (art. 30, V, da CF). Além disso, o dispositivo criou presunção legal de restrição de mobilidade de vítimas de queimaduras graves, distanciando-se do critério prescrito em normas gerais expedidas pela União dentro de sua competência para legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV, e §1º, da CF).

5. A norma prevista no art. 9º da Lei Estadual nº 16.285/2013 funciona como cláusula de mero valor expletivo, que apenas conecta uma categoria normativa geral, de “pessoas com deficiência”, com uma classe especial de destinatários sempre caracterizados por incapacidade laboral – “pessoas com sequelas graves incapacitantes decorrentes de queimaduras” – sem que exista qualquer contraste entre as duas disciplinas.

6. Ação direta parcialmente procedente quanto ao art. 8º da Lei nº 16.285/2013, do Estado de Santa Catarina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência da Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em julgar parcialmente procedente a ação unicamente para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 8º da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 8 de novembro de 2017.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES
Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.293 / SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REQDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina em face da Lei Estadual nº 16.285/2013, em razão da alegada ofensa aos artigos 2º; 24, XIV e §1º; 30, V; 61, §1º, II, e; 84, VI, a; 165; 167, I e II; e 169, §1º, da Constituição Federal.

Eis o teor das normas impugnadas:

Art. 1º – Toda pessoa que, em decorrência de queimadura, ficar acometida por sequela grave que a incapacite para o trabalho ou atividade habitual terá direito à assistência médica especializada, constituindo-se dever do Estado a sua reinserção social.

Art. 2º – Para os efeitos desta Lei, queimadura consiste em uma lesão causada por agentes térmicos, químicos, elétricos ou radioativos que agem no tecido de revestimento do corpo humano e pode destruir, parcial ou totalmente, a pele, seus anexos e até atingir camadas mais profundas, como os tecidos subcutâneos, músculos, tendões e ossos.

Art. 3º – Sequela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual, para os efeitos desta Lei, compreende as lesões derivadas de queimaduras de espessura total, também conhecidas de 3º grau, com mais de 10% (dez por cento) da área corporal atingida, ou queimadura de áreas especiais como face, mãos e períneo, das quais decorra:

I – perda total de membro ou órgão;

II – perda integral da função de membro ou órgão;

III – redução de mais de 50% (cinquenta por cento) da função de membro ou órgão;

IV – cicatriz patológica conhecida como queleide e/ou hipertrófica que cause danos funcionais e/ou estéticos da face que resultem em desfiguramento grave; ou

V – trauma psicológico severo que diminua, consideravelmente, a capacidade intelectual e a convivência social.

Parágrafo único. Será igualmente considerado portador de sequela grave incapacitante a pessoa que for vítima de queimadura de qualquer extensão que tenha associada a esta queimadura lesão inalatória, politrauma, trauma craniano, trauma elétrico, choque, insuficiência renal, cardíaca ou hepática, distúrbios de hemostasia, embolia pulmonar, infarto agudo do miocárdio, quadros infecciosos graves decorrentes ou não da queimadura, síndrome compartimental e doenças consuptivas.

Art. 4º – Assistência médica especializada consiste na promoção, por parte do Estado, da reabilitação física e psicológica da pessoa vítima de queimadura que ficar acometida por seqüela grave que a incapacite para o trabalho ou para a sua atividade habitual.

Art. 5º – Reabilitação física, para efeitos desta Lei, compreende o tratamento cirúrgico integral, inclusive o estético, o fornecimento gratuito de cirurgias reconstrutivas com uso de tecnologias que envolvam substitutos cutâneos, malhas de compressão, lâminas de silicone, órtese, prótese ou outros materiais necessários à melhora do quadro clínico ou cirúrgico, e a assistência especializada prestada por equipe multidisciplinar composta por médicos cirurgiões plásticos e/ou com experiência comprovada na área de queimaduras, nutricionistas, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, oftalmologistas, ortopedistas, neurologistas, clínicos gerais e enfermeiros, enquanto perdurar a necessidade, conforme critério médico e profissional.

Art. 6º – Reabilitação psicológica, para efeitos desta Lei, compreende o acompanhamento da pessoa vítima de queimadura, por médicos psiquiatras, psicólogos e terapeutas ocupacionais, pelo tempo necessário, conforme critério médico e profissional.

Art. 7º – A reinserção social da pessoa vítima de queimadura que cause seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual compreende a promoção da sua integração ou reintegração à vida comunitária, por meio da criação de programas assistenciais que concorram para a eliminação de preconceitos, bem como atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, além da criação de programas que facilitem o acesso aos bens e serviços coletivos.

Art. 8º – A pessoa vítima de queimadura com seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual tem acesso gratuito ao transporte público municipal e intermunicipal, bem como o direito de usar a vaga de estacionamento especial para pessoas portadoras de deficiência.

Art. 9º – Aplicam-se a toda pessoa na condição de seqüelado grave incapacitado para o trabalho ou atividade habitual as disposições da Lei federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 e do Decreto federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que a regulamentou.

Art. 10 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O requerente sustenta que os programas de saúde pública seriam ações de governo submetidas ao crivo do Poder Executivo, ao qual caberia a iniciativa privativa para o processo legislativo atinente à matéria. No ponto, afirma que a atuação dos agentes de saúde estatais se daria com o controle direto de órgãos

do Poder Executivo, cabendo ao chefe desse Poder disciplinar sua organização e funcionamento (CF, art. 84, VI, *a*). Ademais, haveria que se observar a necessidade de previsão orçamentária para a instituição de nova despesa, também mediante norma de iniciativa do Poder Executivo, na forma dos artigos 61, §1º, II, *b*; 165, I, II e III; 167, I e II; 169, §1º, da Constituição Federal.

Alega em sequência que a norma impugnada, ao estabelecer gratuidade em transporte público para as vítimas de queimadura, invade matéria de competência municipal, como previsto no art. 30, V, da Constituição Federal. O art. 8º da lei impugnada violaria, igualmente, a competência da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI), pois a Lei Federal nº 10.098/2010 não concederia benefício de vaga especial aos portadores de sequela grave advinda de queimaduras.

Também seria de competência da União legislar sobre normas gerais em matéria de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, o que ensejaria a inconstitucionalidade do art. 9º da legislação atacada, no ponto em que estabelece ampliação do conceito de deficiente físico. Por fim, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos artigos 2º, 3º e 10 da norma atacada.

O Min. TEORI ZAVASCKI, relator originário da causa, determinou fosse ela instruída pelo rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina apresentou informações em que expôs breve síntese do processo legislativo de elaboração da norma, pugnando pela rejeição do pedido formulado na inicial. Sustentou que o referido ato normativo teria vindo a lume para dar concretude aos comandos constitucionais relativos à proteção da saúde, não havendo que se falar em violação a normas constitucionais de competência legislativa ou mesmo a normas pertinentes à gestão orçamentária do Estado.

O Advogado-Geral da União se manifestou no sentido da procedência parcial do pedido, devendo ser declarados inconstitucionais os artigos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina. Os artigos 1º, 4º, 5º, 6º e 7º cuidariam de matéria atribuída pela Constituição ao Poder Executivo, sendo, portanto, inconstitucionais, em razão da ofensa ao art. 61, §1º, II, *e*, da Constituição Federal. Por implicarem aumento de despesa, referidos dispositivos também representariam violação ao art. 169, §1º, I e II, da Constituição Federal. O art. 8º da norma atacada, ao estabelecer o acesso gratuito ao transporte público municipal e intermunicipal às pessoas portadoras de sequela grave decorrente de queimadura, criaria benefício não previsto na legislação federal, o que seria incompatível com a legislação federal relativa à matéria (Lei nº 10.098/2000), violando, assim, o art. 24, XIV e §1º, da Constituição Federal. Por outro lado, o Advogado-Geral da União entendeu que o ato normativo estadual não teria usurpado a competência da União para editar normas em matéria de proteção a pessoas com deficiência.

O Procurador-Geral da República opinou pelo acolhimento parcial do pedido, apenas quanto ao art. 8º da lei estadual questionada, pois ele avançaria indevidamente em matéria de competência municipal (art. 30, I) e também da União (art. 24, XIV, e §1º).

É o relatório.

08/11/2017
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.293 / SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): O diploma ora impugnado – a Lei nº 16.285/2013, de Santa Catarina – estabelece uma série de definições e providências normativas voltadas à promoção da saúde de pessoas portadoras de sequelas incapacitantes decorrentes de queimaduras.

São elas, em síntese, as seguintes: (a) assegurar assistência médica especializada, incluindo a reabilitação física e psicológica da vítima, além da sua reinserção social (arts. 1º e 4º); (b) definir sequela grave incapacitante (art. 3º); (c) estabelecer os tratamentos e prestações abrangidos nos conceitos de reabilitação física, psicológica e reinserção social (arts. 5º, 6º e 7º); (d) garantir acesso gratuito a transporte público em âmbito municipal e intermunicipal (art. 8º); e (e) aplicar ao portador de sequela incapacitado algumas prerrogativas assistenciais típicas do regime jurídico previsto na Lei Federal nº 7.853/1989 (art. 9º).

A inicial explora basicamente três linhas argumentativas buscando demonstrar a inconstitucionalidade formal de diferentes dispositivos da lei atacada, cada uma delas examinada de modo individualizado a seguir, para comodidade de raciocínio.

O primeiro eixo de impugnações, respectivo aos arts. 1º, 4º, 6º e 7º, ressalta a origem parlamentar da lei em questão e aponta para a suposta quebra de reserva de iniciativa no processo que a originou, tendo em vista que as matérias tratadas nesses dispositivos seriam circunscritas à autoridade iniciadora exclusiva do chefe do Poder Executivo, o que implicaria sucessivas violações aos arts. 61, §1º, II, *b* e *e*; e 84, VI, *a*, da CF. Como as medidas em questão ainda criariam novos gastos, a sua vigência também provocaria modificação indevida no orçamento público, com vulneração dos arts. 165; 167, I e II; e 169, §1º, da CF.

Eis o teor dos citados dispositivos:

Art. 1º – Toda pessoa que, em decorrência de queimadura, ficar acometida por sequela grave que a incapacite para o trabalho ou atividade habitual terá direito à assistência médica especializada, constituindo-se dever do Estado a sua reinserção social.

Art. 4º – Assistência médica especializada consiste na promoção, por parte do Estado, da reabilitação física e psicológica da pessoa vítima de queimadura que ficar acometida por sequela grave que a incapacite para o trabalho ou para a sua atividade habitual.

Art. 6º – Reabilitação psicológica, para efeitos desta Lei, compreende o acompanhamento da pessoa vítima de queimadura, por médicos psiquiatras, psicólogos e terapeutas ocupacionais, pelo tempo necessário, conforme critério médico e profissional.

Art. 7º – A reinserção social da pessoa vítima de queimadura que cause seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual compreende a promoção da sua integração ou reintegração à vida comunitária, por meio da criação de programas assistenciais que concorram para a eliminação de preconceitos, bem como atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, além da criação de programas que facilitem o acesso aos bens e serviços coletivos.

Desde logo, cumpre afastar a alegação de ofensa ao art. 61, §1º, II, *b*, da Constituição, ante sua manifesta impertinência com a legislação objeto de exame, de procedência estadual. A jurisprudência da Corte tem sinalizado de maneira peremptória que “a reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo, prevista no art. 61, §1º, inc. II, al. *b*, da Constituição, somente se aplica aos territórios federais” (ADI 2072, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 2/3/2015). No mesmo sentido: ADI nº 2.464/AP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Plenário, DJ 25.5.2007; ADI 2.447/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Plenário, DJe 3.12.2009; ADI 2.464/AP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Plenário, DJ 25.5.2007; ADI 3.205/MS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Plenário, DJ 17.11.2006.

Também não procede a alegação de afronta ao conteúdo da alínea e do art. 61, §1º, II, da CF, que preserva sob a autoridade do chefe do Poder Executivo a iniciativa para propor a criação e a extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública.

Diferentemente do que sustentado, os artigos 1º, 4º, 6º e 7º da Lei estadual impugnada não chegaram a promover inovações na realidade orgânica do Executivo local, seja pela criação de novos cargos, serviços ou mesmo obrigações. As normas em exame cuidaram apenas de especificar quais os cuidados médicos, entre aqueles já providos ordinariamente pela rede pública de saúde, deveriam ser garantidos a determinada classe de pacientes (portadores de sequelas graves causadas por queimaduras), tendo em vista a situação de vulnerabilidade por eles experimentada.

As prestações estatais preconizadas – reabilitação física, psicológica e reinserção social – dão concretização à premissa de “atendimento integral” (art. 198, II, da Constituição Federal), que norteia as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, conforme corroborado pela Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde. Referida lei estabelece, como princípio operativo do SUS, a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º, II, da Lei Federal nº 8.080/1990), e esclarece que as ações de saúde não se limitam às prestações voltadas a garantir o bem estar físico e mental dos pacientes, mas também medidas de amparo social, caso seja necessário (art. 3º, § único).

Conforme bem apontado nos autos pelo Procurador-Geral da República, o SUS tem diretrizes específicas em relação ao tratamento de queimados, garantindo-lhes assistência especial, no seguinte sentido:

Com o objetivo de garantir o atendimento a pacientes com queimaduras, em serviços hierarquizados e regionalizados do SUS, e garantir-lhes assistência nos vários níveis de complexidade por equipes multidisciplinares, editou o Ministério da Saúde as Portarias GM/MS 1.273 e 1.274, de 21 de novembro de 2000. A primeira determinou a Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal implantar Redes Estaduais de Assistência a Queimados. A segunda alterou a Tabela de Procedimentos do Sistema de Informações Hospitalares do SUS, para incluir normas de classificação de grau de extensão e gravidade de queimaduras e respectivos procedimentos.

As medidas de assistência e de reabilitação previstas nos arts. 4º a 6º do diploma catarinense decorrem do dever de recuperar plenamente a saúde dessas pessoas, o qual é imposto pela Constituição a todos os entes federativos, de forma solidária (como decorrência direta do regime constitucional de tutela estatal integral e universal da saúde). A expressão “atendimento integral”, contida no art. 198, II, da CR e no art. 7º, II, da Lei nº 8.080/1990, deve ser interpretada de forma a abranger todo procedimento ou serviço curativo exigido para restabelecer a saúde de pessoas vítimas de queimaduras que acarretem seqüela grave. Conquanto não houvesse necessidade de a lei estadual especificar os procedimentos exigidos para tratamento de tais pacientes, isso não induz inconstitucionalidade da norma.

Os dispositivos previstos nos arts. 1º, 4º e 6º da Lei Estadual nº 16.285/2013 caminham ao encontro dessa lógica de atendimento integral, estabelecendo de maneira concreta quais os modelos de atendimento devem ser observados para viabilizar a assistência adequada a portadores de consequências graves causadas por queimaduras.

Como as sequelas deixadas por acidentes podem comprometer a capacidade laboral das vítimas, além de criar estigmatizações devido a fatores estéticos, a lei catarinense previu que a assistência a essas pessoas deve ir além da mera terapêutica curativa, abrangendo também programas de reinserção social específicos (art. 7º), similares àqueles que já constam da legislação federal de amparo às pessoas com deficiência, razão pela qual o legislador local entendeu de aplicar aos portadores de sequelas graves causadas por queimaduras o regime da Lei nº 7.853/1989.

As disposições presentes na legislação federal são substancialmente idênticas àquelas promovidas pela lei atacada, como se pode ver dos seguintes preceitos:

Art. 1º – Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

(...)

Art. 2º – Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo, à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I – na área da educação:

- a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
- d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;
- e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;
- f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;

II – na área da saúde:

(...)

- f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;

O regime geral protetivo das pessoas com deficiência – cujo padecimento inclui os afetados por queimaduras – ganhou desenvoltura ainda maior após a aprovação, com *status* normativo constitucional, da Convenção Internacional sobre

Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 6.949/2009, que também reconhece o direito de pessoas com deficiência a diferentes prestações de reinserção social, a serem efetivadas de acordo com os recursos disponíveis de cada Estado Parte (artigo 4º, item 2).

Na medida em que os arts. 1º, 4º, 6º e 7º da Lei nº 16.285/2013 veicularam padrões de atendimento médico absolutamente consentâneos com aqueles que já são contemplados em diversas outras referências do ordenamento federal, incluindo preceitos de hierarquia constitucional que sintetizam o direito fundamental à saúde, não há como identificar qualquer vício de origem na lei estadual em exame.

Além de não violarem a iniciativa do Governador do Estado para dispor sobre organização e funcionamento da Administração local, as normas dos arts. 1º, 4º, 6º e 7º da lei catarinense igualmente não violam os preceitos orçamentários indicados na inicial (arts. 165, 167, I e II; e 169, §1º, da CF). É que, diversamente do que sustentado pelo requerente, os projetos de lei subscritos por parlamentares não são necessariamente neutros em termos financeiros, sendo perfeitamente possível que eles tenham projeções nas despesas públicas.

É relevante observar, a propósito, que a prevalência da tese do requerente teria o efeito de tolher significativamente a abrangência da atividade parlamentar como um todo, conforme advertência feita pelo eminente Min. MOREIRA ALVES no julgamento da ADI 2.072 MC/RS, reproduzida a seguir:

Sr. Presidente, com a devida vênia, vou acompanhar o eminente Relator, porquanto, se se entender que qualquer dispositivo que interfira no orçamento fere a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo para lei orçamentária, não será possível legislar, sem essa iniciativa, a respeito de qualquer matéria – assim, por exemplo, pensão especial, doação ou remissão – que tenha reflexo no orçamento. (ADI 2072 MC, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, DJU de 19/9/2003)

O entendimento veio a ser recentemente reafirmado pelo Plenário desta Suprema Corte em caso com repercussão geral (ARE 878.911, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/10/2016), em que se assentou a tese de que: “Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, §1º, II, a, c e e, da Constituição Federal)”.

Pelas razões até aqui expendidas, devem ser rechaçadas as alegações de inconstitucionalidade dirigidas contra os arts. 1º, 4º, 6º e 7º da Lei Estadual nº 16.285/2013, de Santa Catarina.

A segunda tese de inconstitucionalidade formal deduzida pelo requerente diz respeito ao art. 8º da lei catarinense – que trata da gratuidade do transporte público para vítimas de queimaduras com sequelas graves.

Aqui, a inicial desfralda duas perspectivas de ilegitimidade, a primeira delas no mesmo sentido das anteriores, a argumentar a quebra da reserva de iniciativa do Governador do Estado quanto às atribuições do departamento de trânsito estadual, e outra, de teor original, que suscita a usurpação de competência municipal para o serviço de transporte local (art. 30, V) e da competência federal para produzir normas sobre trânsito e transporte (art. 22, XI).

Eis o teor do dispositivo:

Art. 8º – A pessoa vítima de queimadura com seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual tem acesso gratuito ao transporte público municipal e intermunicipal, bem como o direito de usar a vaga de estacionamento especial para pessoas portadoras de deficiência.

No tocante à ruptura da iniciativa do Governador do Estado, a tese não apresenta plausibilidade, uma vez que, conforme dito quanto aos preceitos anteriores, a norma em questão não envolve a estrutura ou o funcionamento dos órgãos públicos locais, veiculando uma forma de intervenção do Estado na economia pela instituição de uma gratuidade.

O argumento seguinte, que diz respeito à invasão de competências de outros entes federativos pela lei estadual atacada, reclama um discernimento diverso.

O art. 18 da Constituição Federal dispõe que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. A conferir densidade normativa ao dispositivo, o artigo 30, I e V, dispõe que compete aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local” e “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

O Federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito (DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p.265; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. I, p.482), pois dividem os centros de poder, buscando diminuir eventuais abusos e garantir maior efetividade na tutela dos direitos fundamentais (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t. 1, p.13-14; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Almedina, p.87).

A Constituição Federal estabeleceu as matérias próprias de cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir disso, poderá acentuar ora maior centralização de poder, na própria União, ora maior descentralização nos Estados-Membros e Municípios, sempre, porém, respeitando a distribuição de competências constitucionais, sob pena de acarretar a

inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo, pois a autonomia das entidades federativas pressupõe repartição, em maior ou menor escala, de competências legislativas, administrativas e tributárias, sendo, pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal (BADIA, Juan Fernando. *El estado unitário: El federal y El estado regional*. Madri: Tecnos, 1978, p.77). Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988 (conferir, a respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179, p.1; HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, nº 16, p.17; e do mesmo autor: Estruturação da federação. *Revista de Direito Público*, nº 81, p.53; VELLOSO, Carlos Mário. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 187, p.1; MARINHO, Josaphat. Rui Barbosa e a federação. *Revista de Informação Legislativa*, nº 130, p.40; FAGUNDES, Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 99, p.1).

Pois bem, ao dispor especificamente sobre transporte municipal, o art. 8º da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina realmente interferiu na autonomia dos entes municipais, pois avançou sobre a administração de um serviço público que, de acordo com jurisprudência já consolidada neste Supremo Tribunal Federal (v.g. ADI 845, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 7/3/2008; e ADI 2349, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJU de 14/10/2005), é caracterizado como de interesse local (art. 30, V).

Assim, mostra-se formalmente inconstitucional referido dispositivo, no ponto em que confere às pessoas vítimas de queimadura, com seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual, gratuidade de acesso ao transporte público municipal.

Mas não é esse o único vício presente no dispositivo. Também se verifica hipótese de usurpação de competência quanto à parte final de seu conteúdo, que institui o direito de uso de vagas de estacionamento, destinado às pessoas com deficiência, às vítimas de queimadura com seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual. Isso porque a condição jurídica elegida pela lei para a fruição do benefício – a “seqüela grave incapacitante para o trabalho ou atividade habitual” – não pressupõe, necessariamente, dificuldade de locomoção.

E, de acordo com as normas gerais de promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência presentes em nosso ordenamento, (Lei nº 10.098/2010, hoje alterada pela Lei nº 13.146/2015), o critério vigente para assegurar acesso a vagas reservadas é a dificuldade de locomoção ou de mobilidade. É o que consta dos seguintes dispositivos:

Lei nº 10.098/2010:

Art. 7º – Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, deverão ser

reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência *com dificuldade de locomoção*.

Lei nº 13.146/2015:

Art. 47 – Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência *com comprometimento de mobilidade*, desde que devidamente identificados.

(...)

§4º – A credencial a que se refere o §2º deste artigo é vinculada à pessoa com deficiência que possui *comprometimento de mobilidade* e é válida em todo o território nacional.

Ao criar presunção legal de restrição de mobilidade de vítimas de queimaduras graves, o art. 8º da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina se distanciou do critério geral que deveria prevalecer, invadindo a competência legislativa atribuída à União no que diz com a edição de normas gerais sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. A presunção legal vertida na lei catarinense não tratou simplesmente de suplementar espaços de intermediação normativa – como autorizado pelo art. 24, §2º, da CF –, tendo, ao contrário, substituído o critério federal primariamente estabelecido por outro, de conteúdo substancialmente diverso.

Assim, por ter incursionado quer em província constitucional própria da autonomia dos Municípios (art. 30, V), quer em âmbito normativo de monopólio da União (art. 24, §1º), o art. 8º da Lei nº 16.825/2013, de Santa Catarina, está caracterizado por vício formal.

Por fim, há uma terceira tese, voltada especificamente contra o art. 9º da lei estadual, que seria inconstitucional por ter criado nova regra geral sobre proteção de pessoas com deficiência, invadindo competência privativa da União (art. 24, XVI e §1º, da CF).

O dispositivo mencionado tem a seguinte literalidade:

Art. 9º – Aplicam-se a toda pessoa na condição de sequelado grave incapacitado para o trabalho ou atividade habitual as disposições da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 e do Decreto federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que a regulamentou.

Diversamente do que salientado no tópico anterior, aqui a alegação de inconstitucionalidade não convence. O dispositivo em questão não viola, direta ou

indiretamente, o conceito de deficiente físico previsto na legislação federal nem lhe dá elastério ilegítimo. Tal norma simplesmente anuncia a plena aplicabilidade das disposições previstas na Lei nº 7.853/1989 e no Decreto nº 3.298/1999 às pessoas que estejam na condição de “sequelado grave incapacitado para o trabalho ou atividade habitual”.

Da leitura da Lei nº 7.853/1989, constata-se que não há qualquer definição ou conceito de deficiente físico. Já o Decreto nº 3.298/1999 expressamente dispõe sobre conceitos aplicáveis à matéria de que trata, mas o faz de maneira evidentemente aberta, conforme consta dos seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º – Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – *toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;*

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º – É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – *alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;*

II – *deficiência auditiva* – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III – *deficiência visual* – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no

melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho.

V – *deficiência múltipla* – associação de duas ou mais deficiências.

Segundo se depreende da leitura do Decreto, o conceito de deficiência pressupõe a incapacidade para o desempenho de atividades diversas da vida civil dentro do padrão normal das capacidades humanas, conceito que é perfeitamente compatível com a situação de incapacidade laboral gerada por sequelas graves decorrentes de queimaduras.

A norma prevista no art. 9º da Lei Estadual nº 16.285/2013 funciona, na prática, como cláusula de mero valor expletivo, que apenas conecta uma categoria normativa geral, de “pessoas com deficiência”, com uma classe especial de destinatários sempre caracterizados por incapacidade laboral – “pessoas com sequelas graves incapacitantes decorrentes de queimaduras” – sem que exista qualquer contraste entre as duas disciplinas.

Portanto, é de ser repelida a tese esgrimida na inicial em detrimento do art. 9º da Lei nº 16.285/2013, do Estado de Santa Catarina.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação direta, unicamente para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 8º da Lei nº 16.285/2013, do Estado de Santa Catarina.

É o voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.293

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REQDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação unicamente para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 8º da Lei nº 16.285/2013 do Estado de Santa Catarina. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.11.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

16/03/2017

PLENÁRIO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECLTE.(S): FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES

ADV.(A/S): FERNANDO TRISTÃO FERNANDES

RECLDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.036. DETERMINAÇÃO DE ACESSO A REGISTROS DOCUMENTAIS DE SESSÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR OCORRIDAS NA DÉCADA DE 1970. INEXISTÊNCIA, NO PARADIGMA DE CONTROLE, DE RESTRIÇÃO ÀS SESSÕES PÚBLICAS DE JULGAMENTO. ACESSO AOS DOCUMENTOS RELATIVOS ÀS SESSÕES SECRETAS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A decisão proferida no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 23.036 não restringiu o acesso dos então Impetrantes aos documentos e arquivos fonográficos relacionados às sessões públicas de julgamentos do Superior Tribunal Militar ocorridas na década de 1970, assentando que todos os julgamentos seriam públicos e que as gravações dos áudios dessas sessões deveriam ser disponibilizadas aos Impetrantes, também no que se refere aos debates e votos proferidos pelos julgadores.

2. Injustificável a resistência que o Superior Tribunal Militar tenta opor ao cumprimento da decisão emanada deste Supremo Tribunal, que afastou os obstáculos erigidos para impedir fossem trazidos a lume a integralidade dos atos processuais lá praticados, seja oralmente ou por escrito, cujo conhecimento cidadãos brasileiros requereram, para fins de pesquisa histórica e resguardo da memória nacional.

3. O direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício.

4. A autoridade reclamada deve permitir o acesso do Reclamante aos documentos descritos no requerimento administrativo objeto da impetração, ressalvados apenas aqueles indispensáveis à defesa da intimidade e aqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado, o que há de ser motivado de forma explícita e pormenorizada pelo Reclamado, a fim de sujeitar a alegação ao controle judicial.

5. Reclamação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, em conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas, por unanimidade, *em julgar procedente a Reclamação para determinar à autoridade Reclamada dê fiel e integral cumprimento à ordem concedida no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.036*, nos termos do voto da Relatora. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando da solenidade de abertura do 110º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça, na cidade de São Paulo. Falaram, pelo *amicus curiae* Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e, pela Procuradoria-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

Brasília, 16 de março de 2017.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 NÃO INFORMADA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECLTE.(S): FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES

ADV.(A/S): FERNANDO TRISTÃO FERNANDES

RECLDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada por Fernando Augusto Henrique Fernandes contra o Presidente do Superior Tribunal Militar, sob a alegação de descumprimento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036, proferido pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal.

O CASO

2. Consta do relatório do RMS 23.036, Relator o Ministro Maurício Corrêa, que Fernando Augusto Henrique Fernandes e Fernando Tristão Fernandes impetraram, em 10.10.1997, mandado de segurança contra ato de indeferimento do Presidente do Superior Tribunal Militar a pedido de acesso aos registros fonográficos das sessões de julgamento daquele Tribunal, ocorridas na década de 1970.

Na inicial daquela ação, os Impetrantes relataram ter requerido “administrativamente ao Presidente do Superior Tribunal Militar, em 31/07/97, cópias de processos, que relacionaram em requerimento e que tramitaram há mais de vinte anos, bem como de suas respectivas gravações, visto que o primeiro requerente ‘esta[ria] redigindo livro intitulado *Voz Humana*, em homenagem aos grandes oradores, em especial Lino Machado Filho e Nélcio Roberto Seidl Machado, advogados que militaram” naquele Tribunal Superior.

Informaram que o pedido tinha sido inicialmente deferido pelo Presidente do Superior Tribunal Militar e, depois de realizada cópia de parte dos arquivos, a autorização fora cancelada, o que teria resultado na apreensão de documentos que estavam em poder dos Impetrantes.

Ao examinar o mandado de segurança impetrado contra esse ato, o Plenário do Superior Tribunal Militar decidiu:

Mandado de Segurança. Exame e retirada de autos findos, direito assegurado ao Advogado, no exercício da profissão, com restrição (CF, art. 5º, LX, e Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIII e XVI, e §1º, nº 1, 2 e 3). Inexistência de direito líquido e certo a ser conhecido ao impetrante que não ostenta a qualidade de Advogado e, por mero interesse que, sequer figura em normas objetivas, pretende ter acesso pleno a autos findos e a gravações, que não integram processos. Estas últimas de uso interno do Tribunal e de acesso privativo, em razão de norma interna regulamentadora de seu uso, *ex vi* da Lei nº 9.507, de 12/11/97. Advogado que pretende acessar registros fonográficos contidos em fitas não integrantes de processos e de uso exclusivo do Órgão, para subsidiar serviços particulares – elaboração de livro –, atividade, inclusive de caráter comercial, não tem em vista a defesa de direito subjetivo amparado em lei. Decisão administrativa em harmonia com o ordenamento jurídico, não se vislumbrando afronta ao rol das garantias onde se define o pressuposto remédio heroico (CF, art. 5º, LXIX, e Lei nº 1.533, art. 1º). Medida de uso excepcional conhecida e denegada. Unânime.

Contra essa decisão, foi interposto recurso ordinário, ao qual a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal deu provimento, nos seguintes termos:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da Lei nº 8.906/96), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores.

2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.

3. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações.

4. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público.

5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei nº 8.159/91) e do direito à informação. Recurso ordinário provido (RMS 23.036/DF, Redator para o Acórdão o Ministro Nelson Jobim, DJ 28.3.2006).

Reiniciados os trabalhos de pesquisa, Fernando Augusto Henriques Fernandes formulou, em 21.3.2011, requerimento para acesso às “gravações dos julgamentos pelo STM durante a década de 1970, nas sequências públicas e secretas que foram objeto da [decisão proferida no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036/DF]” (fl. 4).

Em 13.4.2011, o Presidente do Superior Tribunal Militar deferiu o pedido apenas no que se refere às sessões públicas.

É contra essa decisão que se ajuíza a presente reclamação.

3. O Reclamante sustenta, em síntese, que a restrição imposta pela autoridade Reclamada descumpria a decisão proferida no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036/DF por este Supremo Tribunal.

Informa que “os julgamentos ocorridos na década de 1970 (...) eram divididos em sessões públicas (onde ocorriam os relatórios e as sustentações orais) e as sessões

secretas, em que se colhiam os votos (...) [, pelo que] as fitas magnéticas são divididas em duas partes, públicas e secretas, embora constituam sequência dos mesmos procedimentos” (fl. 3).

Ressalta que “ambas as sequências já se constituem públicas, seja em razão de ter-se esvaído o prazo de restrição da Lei nº 8.159/91, seja em razão da publicidade dos julgamentos instaurada pela Carta Magna” (fl. 3), inexistindo razão para a restrição imposta pelo ato Reclamado.

Assevera que, a partir do julgamento de seu recurso, “aqueles processos considerados secretos que não tiveram seu sigilo decretado em nome da intimidade, ou de qualquer das hipóteses previstas arts. 23 e 24 da Lei nº 8159/91, alcançaram a publicidade. Assim, a restrição oposta pelo Exmo. Presidente da Corte Castrense, persistindo na divisão pública e secreta daqueles processos, como se dava anteriormente à decisão do Pretório Excelso, ofende a citada decisão transitada em julgado” (fl. 5).

Pede seja julgada procedente a reclamação “*para determinar ao Superior Tribunal Militar que franqueie o acesso integral das gravações de julgamentos ocorridos na década de 1970, antes classificadas em públicos e secretos*” (fl. 6).

4. Em 2.2.2012, indeferi a medida liminar requerida nesta ação (DJe 6.3.2012).

5. Em suas informações, prestadas em 19.3.2012, a autoridade Reclamada ressaltou que a negativa do acesso pretendido pelo reclamante estaria lastreada no art. 9º do Ato Normativo nº 244, de 12.4.2007, que restringe o “acesso à documentação considerada sigilosa ou que contenha dados e informações restritos à administração do Tribunal, bem como aquela necessária ao resguardo da inviolabilidade, da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas” (fl. 1, doc. 6).

Destacou que a decisão apontada como descumprida teria “tão somente autoriz[ado] o impetrante a acessar ‘registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público’ nada determinando sobre julgados sigilosos deste Pretório Castrense” (fl. 2, doc. 6).

6. Em 30.9.2013, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu “sua admissão no feito na condição de assistente do Reclamado (...) ou (...) *amicus curiae*” (doc. 11). Para tanto, destacou ter tradição na defesa da Constituição da República, dos direitos humanos e da justiça social, competindo-lhe “a defesa da Constituição Federal e, particularmente, do acesso à informação, direito fundamental” (doc. 11).

7. Em 26.2.2014, o Procurador-Geral da República opinou pela procedência da presente Reclamação, nos termos seguintes:

Reclamação. Superior Tribunal Militar. Acesso ao áudio das sessões de julgamento realizadas há mais de 30 anos. Fonte histórica para pesquisa. Âmbito de proteção do direito à informação (Art. 5º, XIV, da Constituição Federal). Impossibilidade de restrição por ato discricionário da publicidade e direito à informação, ressalvadas

as hipóteses de defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros, ou quando essencial para a proteção do interesse público. Legitimidade de todo cidadão em ter acesso adequado às fontes históricas primárias. Parecer pela procedência do pedido.

8. Em 27.2.2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil reiterou o pedido de ingresso no feito e requereu a reconsideração da decisão de indeferimento da medida liminar pleiteada nesta ação.

9. Em 7.3.2014, a Presidência do Superior Tribunal Militar prestou informações complementares, noticiando que, a partir da promulgação da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e consequentes alterações nos atos normativos daquele Tribunal, não remanesceria óbice para o acesso aos documentos pretendidos, bastando a formulação de novo requerimento administrativo.

Assinalou que, “a partir da ulterior normatização contida na Lei nº 12.527/2011, inexistente qualquer restrição quanto ao acesso à informação no âmbito deste Tribunal. Inúmeras foram as solicitações de órgãos públicos e instituições privadas (...) e de particulares atendidas, com o propósito de ter acesso aos arquivos findos deste Tribunal” (doc. 18).

10. Determinei ao Reclamante que se manifestasse sobre o interesse no prosseguimento da presente ação (DJe 14.3.2014), o qual salientou persistir seu interesse na demanda e requereu a admissão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil como *amicus curiae* (doc. 21).

É o relatório.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao restringir o acesso do Reclamante apenas aos arquivos fonográficos das sessões de julgamento públicas realizadas pelo Superior Tribunal Militar na década de 1970, a autoridade Reclamada teria desrespeitado a autoridade da decisão proferida por este Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036.

2. Inicialmente, admito o ingresso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na presente ação, na condição de assistente simples do Reclamante, por reconhecer a presença de interesse jurídico legítimo na promoção da transparência e da acessibilidade dos cidadãos ao conteúdo de atos de autoridades públicas, notadamente àqueles praticados em período tão obscuro de nossa história. Nesse intento, reavivo a memória de sua atuação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF.

3. Consta das informações prestadas pela autoridade Reclamada que a negativa de acesso aos arquivos relacionados às sessões secretas ou sigilosas de julgamentos do Superior Tribunal Militar lastreou-se no art. 9º do Ato Normativo nº 244/2007 daquele Tribunal e na suposta ausência de determinação, na decisão paradigma, “de acesso a julgados sigilosos deste Pretório Castrense” (fl. 2, doc. 6).

4. Diversamente do que sustenta a autoridade reclamada, a decisão proferida no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 23.036 não restringiu o acesso dos então Impetrantes aos documentos e arquivos fonográficos relacionados às sessões públicas de julgamentos ocorridas na década de 1970.

Assentou-se, naquela oportunidade, que todos os julgamentos seriam públicos e que as gravações dos áudios dessas sessões deveriam ser disponibilizadas aos Impetrantes, até mesmo no que se refere aos debates e votos proferidos pelos julgadores.

Na assentada de 28.3.2006, o Plenário deste Supremo Tribunal concluiu o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036, iniciado em 6.4.1999 e, parecendo antever a evolução legislativa que resultaria na promulgação da Lei nº 12.527/2011, reconheceu o direito dos impetrantes de amplo acesso aos documentos que contivessem os dados das sessões de julgamento requeridas, seja no que se refere às sustentações orais lá realizadas pelos advogados, seja no que pertine aos debates e votos proferidos pelos componentes daquele Superior Tribunal.

No voto condutor desse julgado, o Ministro Nelson Jobim, meu antecessor neste Supremo Tribunal, realçou:

Conforme destaquei quando do pedido de vista, excludo da análise da questão a possibilidade de estarmos perante o exercício da profissão de Advogado.

Os IMPETRANTES não agem no exercício da função advocatícia, mas sim como pesquisadores em busca de dados históricos para produção de obra que resgata a memória dos trabalhos judiciais praticados por advogados. (...)

A pergunta que se faz nos autos é a seguinte:

Está no poder discricionário de Presidente de Tribunal conceder ou vedar acesso a dados de processos que são públicos ou sustentações orais de advogados?

Ou ainda, qual o limite do direito de informação no que se refere ao acesso a gravações de sustentações orais proferidas em julgamentos públicos dos Tribunais?

Trata-se de tema de extrema relevância para o país, qual seja, o direito de informação.

A CF prevê que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º LX).

É sabido que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos.

No entanto, o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das limitações previstas na Constituição.

Os recorrentes apenas pleitearam acesso a dados de julgamentos que entendem ser de grande relevância para a história do Poder Judiciário.

Não consta dos autos que referidos julgados estivessem sob sigilo de justiça.

MAURÍCIO argumenta que: “o interesse dos recorrentes (...) não pode ultrapassar o dever de proteger a imagem dos que se viram envolvidos em processos julgados pelo Superior Tribunal Militar”.

Difícilmente se poderia falar em ferimento à honra daqueles que naquele momento fizeram parte da história da Justiça brasileira.

Um exemplo atual de prestígio ao princípio da publicidade é a TV JUSTIÇA.

Nela as sessões do Plenário são transmitidas todas as quartas e quintas, reprisadas em outros horários, e, nem por isso, se cogitou em falar de ferimento à imagem dos Ministros ou dos ilustres advogados que sustentam na tribuna.

Todos os personagens que ali atuam exercem o *munus público*.

Não há falar em violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem destas pessoas.

Cito, também, a Instrução Normativa nº 28, de 31.8.2005, deste Tribunal, que assim dispõe:

(...)

Art. 1º Fica autorizado o fornecimento, por escrito, em áudio, vídeo ou meio eletrônico, de cópia de sustentação oral proferida em sessão de julgamento do Pleno e das Turmas, desde que a expensas do interessado.

(...)

Vejam que o SUPREMO, por meio de ato interno, autoriza aquilo que é negado no caso concreto.

Entendo que o voto de MAURÍCIO diverge da própria orientação do SUPREMO no que diz respeito ao direito de informação.

Destaco trecho da ementa do MI 284, julgado em 22.11.1991:

(...) Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” (Pe. COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina*. p.225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em *praxis* governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais (CELSO, REDATOR PARA O ACÓRDÃO, DJ 26.6.1992).

Trago, ainda, recente decisão de CELSO seguindo essa mesma orientação:

Não custa rememorar, neste ponto, tal como decidi no MS 24.725-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 331), que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério.

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO (*O Futuro da Democracia*, p.86, 1986, Paz e Terra), como “um modelo ideal do governo público em público”.

A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior (1964-1985), quando no desempenho de sua prática governamental.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude,

ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais.

*É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em prática governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.*

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado traduz consequência que resulta de um princípio essencial a que a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente.

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral – a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social – qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público.

(...) (MS 25.832, DJ 20.2.2006)

Não obstante a decisão de CELSO dissesse respeito ao direito de liberdade de imprensa, é perfeitamente aplicável à hipótese ora em exame.

Conclui-se de tudo isso, que o Presidente do Tribunal só poderia limitar o acesso à informação requerida desde que estivesse agindo dentro dos limites objetivos da lei. Somente nesse caso.

A norma adotada como fundamento de recusa ao pedido dos IMPETRANTES (inciso I do Provimento nº 54/STM), ora recorrentes, não tem o alcance desejado pela autoridade apontada como coatora.

Leio o que diz o inciso I do Provimento nº 54/STM:

(...)

I – Os Representantes do Ministério Público Militar e os Advogados terão acesso às gravações de julgamento dos processos em que tenham tomado parte, *exceto quanto à matéria discutida e votada em sessão secreta pelo Plenário do Superior Tribunal Militar.*

(...)

Não se pode inferir dessa regra uma restrição ao direito de informação dos recorrentes.

Quando se trata do direito à informação não há espaço para discricionariedade.

Do mesmo modo, não se pode dar a uma norma interpretação ampliativa para restringir um direito fundamental, restrição essa que não se pautaria em nenhum princípio constitucional de mesmo valor em nosso ordenamento.

O direito fundamental à informação, diante de nossa história recente, é talvez um dos mais caros no elenco do art. 5º da Constituição.

Somente justificativa pautada em princípio estrutural do sistema político brasileiro – como a proteção ao interesse público ou a defesa da intimidade – legitimaria a sua restrição.

Não se perfaz em justificativa plausível a alegação de que o material de que se pleiteou cópia apenas serviria para o controle interno do tribunal ou para o exame dos Ministros da Corte.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido e garantir aos IMPETRANTES o direito de acesso (possibilidade de consulta) e de cópia dos autos e das respectivas gravações requisitadas à autoridade coatora, e, ainda, a devolução das fitas apreendidas do Sr. Fernando Tristão Fernandes. (DJ 25.8.2006, grifos nossos)

5. Nem mesmo uma leitura apressada e superficial da decisão, cujo descumprimento se alega permitiria inferir, como fez a autoridade Reclamada, que este Supremo Tribunal teria se limitado a determinar fosse franqueado o acesso apenas aos documentos relacionados às sessões públicas, ressaltando os documentos produzidos a partir dos debates e votos proferidos nas sessões secretas de julgamento.

A decisão paradigma de controle é explícita ao dispor sobre a ilegitimidade da exceção imposta quanto à matéria discutida e votada em sessão secreta pelo Plenário

daquele Tribunal Superior, prevista em ato normativo interno, e sobre a ausência de plausibilidade jurídica da justificativa apresentada, segundo a qual “o material de que se pleiteou cópia apenas serviria para o controle interno do tribunal ou para o exame dos Ministros da Corte”.

Realçou-se, naquela assentada de julgamento, não haver espaço para a discricionariedade da Administração em restringir o amplo acesso que os então Recorrentes deveriam ter aos documentos gerados a partir dos julgamentos ocorridos no período mencionado, conferindo inquestionável amplitude àquela decisão. Asseverou-se que o ato pelo qual fora indeferido o acesso estaria em evidente descompasso com a ordem constitucional vigente, que erigiu o direito à informação à natureza de direito fundamental.

Essa linha de entendimento é perfilhada pelo Procurador-Geral da República, que assim se pronunciou:

Atualmente o acesso à informação encontra-se regulado pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, diploma legal que, a teor do art. 1º, incisos I e II, se aplica expressamente aos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo – incluindo as Cortes de Contas – e Judiciário, e do Ministério Público, bem como às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Não obstante a decisão que concedeu a segurança no RMS 23.036/RJ ser de 28 de março de 2006, anterior em cinco anos à Lei de Acesso à Informação, a análise do acórdão revela integral compatibilidade com o conteúdo da lei que veio a ser editada, o que decorre da identidade entre a fundamentação constitucional daquela decisão, cujo pioneirismo aqui se registra, e o diploma legal que veio a ser aprovado. (...)

Como se vê, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal abordou, e superou, todos os aspectos considerados pelo Presidente do STM como impeditivos do acesso aos áudios das sessões secretas daquela Corte, de maneira que não há obscuridade ou omissão no acórdão, mas, antes, empenho do reclamado em negar-lhe cumprimento.

Inicialmente a Suprema Corte afastou a tese de inexistência de direito líquido e certo do ora reclamante (...). A partir daí a discussão encontra o seu foco no questionamento dos limites do direito de informação no que se refere aos dados de processos judiciais, que são, a princípio, públicos, e em especial quanto aos registros fonográficos do que foi sustentado e debatido nas sessões de julgamentos.

Ressalte-se, para além de qualquer dúvida, que a discussão não se cinge ao acesso aos autos dos processos que tramitaram no STM no período compreendido pelos governos militares, mas de acesso aos registros daquela dimensão oral que mesmo o processo escrito mantém, e que se encontra preservada nos rolos com as gravações de áudio. Essa dimensão de oralidade nos processos do STM compreende as sustentações orais dos advogados e o registro dos debates que se seguiam entre os Ministros daquela Corte.

Também nesse aspecto o Relator designado abordou acertadamente as hipóteses nas quais a Constituição Federal, de forma exauriente, autoriza a restrição à publicidade dos atos processuais (...).

A restrição de acesso que persiste, por parte do STM, diz respeito justamente aos debates realizados entre os Ministros durante as sessões de julgamento. As manifestações dos advogados e do Ministério Público, em prol da inocência e da culpabilidade dos réus, constam das gravações públicas.

O objetivo do reclamante, ao pesquisar a atuação de renomados advogados que sustentaram a defesa dos seus clientes perante o STM em período ainda não plenamente elucidado da história brasileira, é de contribuir para a preservação da memória nacional. Tendo em vista que o nobre ato de julgar se opera em público e não às escondidas, não há que se falar em desonra ou violação de imagem de quem quer que seja nos julgamentos daquela Corte. *E quanto ao requisito do interesse público, milita em favor da publicidade e não da manutenção de segredos e silêncios.*

Sobre a possibilidade de recusa ao pedido dos impetrantes no mandado de segurança com base em disposição de provimento do próprio STM, também nesse ponto o acórdão rejeitou o argumento do Tribunal *a quo* (...).

Sendo inconteste que cada uma das sessões do STM, cujo acesso ao áudio é requerido pelo reclamante, era registrada em duas gravações distintas, sendo a primeira pública e a segunda secreta, correspondendo a última aos debates realizados entre os Ministros daquela Corte, evidencia-se da parte final do acórdão que o STM, ao autorizar o acesso apenas às sessões públicas, violou a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RMS 23.036/RJ.

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pela procedência da Reclamação, para que determine ao Superior Tribunal Militar o acesso integral do reclamante aos registros de

áudio de todas as sessões daquele Tribunal realizadas na década de 1970, independentemente da anterior classificação em registros públicos e secretos. (Grifos nossos)

6. Tem-se, pois, como injustificável a resistência que o Superior Tribunal Militar tenta opor ao cumprimento da decisão emanada deste Supremo Tribunal, que taxativamente afastou os obstáculos erigidos para impedir fossem trazidos à lume a integralidade dos atos processuais lá praticados, seja oralmente ou por escrito, cujo conhecimento cidadãos brasileiros requereram, para fins de pesquisa histórica e resguardo da memória nacional.

7. O direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave e contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício.

Sobre esse aspecto, pontuei no voto que proferi no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF:

É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, porque faz e para que faz.

Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, entre outras atrocidades.

8. De se registrar que a assertiva do Reclamado de que, após a promulgação da Lei nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação), não subsistiriam óbices ao atendimento do pedido de acesso aos documentos em foco, bastando, para isso, a renovação do pedido administrativo, não esvazia a pretensão deduzida nesta ação, tampouco subtrai do Reclamante o interesse legítimo em ver assegurada a autoridade da decisão proferida por este Supremo Tribunal.

Não se pode perder de perspectiva que o Reclamante persegue a tutela judicial que lhe garanta o acesso aos documentos requeridos há quase duas décadas. A impetração data de 1997, demonstrando-se o despropósito de sujeitá-lo, novamente, a qualquer decisão do Superior Tribunal Militar para ver cumprir o que judicialmente conquistou.

Fosse a reiteração do pedido suficiente para garantir o acesso aos documentos em foco, poderia a autoridade apontada como Reclamada, independente de novo pedido administrativo, exercer o poder/dever de autotutela administrativa para reconsiderar o ato ora censurado e pôr fim ao presente litígio.

9. O respaldo constitucional conferido à coisa julgada não bastou ao Reclamante para ver assegurado o exercício do direito que lhe fora reconhecido. Precizou instaurar nova demanda para garantir a eficácia de tutela judicial já alcançada, cujos efeitos estão sendo embaraçados pela renitência do Reclamado em dar-lhe cumprimento.

Assim, deve a autoridade reclamada permitir o acesso do Reclamante aos documentos descritos no requerimento administrativo objeto da impetração em questão, ressalvados apenas aqueles indispensáveis ao resguardo da defesa da intimidade e aqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado, o que há de ser motivado de forma explícita e pormenorizada pelo Reclamado, a fim de sujeitar argumento eventualmente apresentado neste sentido ao controle judicial.

Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente Reclamação, para determinar à autoridade Reclamada dê fiel e integral cumprimento à ordem concedida no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhora Presidente, eminentes Pares, ilustre Advogado representante do Conselho Federal da OAB, que, com brio, fez a sustentação, como de praxe, da tribuna, Senhor Subprocurador-Geral da República.

Senhora Presidente, vou juntar declaração de voto. Permito-me apenas dizer que, em tudo e por tudo, acompanho a fundamentação e a conclusão de Vossa Excelência, que profere um voto lúcido, histórico e relevante, quer na matéria de fundo muito bem exposta no voto de Vossa Excelência, quer na dimensão estrita do cabimento e do acolhimento da reclamação, que, a um só tempo, ofende a decisão desse Supremo Tribunal Federal e também a legislação incidente na matéria.

Por essas razões e por outros aspectos com essas razões coerentes, que estão na declaração de voto, tenho a honra de acompanhar integralmente Vossa Excelência.

É como voto.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pela e. Ministra Cármen Lúcia.

Trata-se, como afirmou Sua Excelência, de reclamação interposta em face de despacho, proferido pelo Presidente do Superior Tribunal Militar, que deferiu o acesso às gravações dos julgamentos pelo STM durante a década de 1970 apenas nas

sessões *públicas* por ele realizadas. Na reclamação, alega-se ofensa a acórdão deste Supremo Tribunal Federal que, em sede de julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, autuado sob nº 23.036, havia deferido o acesso às sessões públicas e secretas.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal foi assim ementado:

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da Lei nº 8.906/96), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores.

2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.

3. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações.

4. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público.

5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei nº 8.159/91) e do direito à informação. Recurso ordinário provido.

(RMS 23036, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 25-08-2006 PP-00067 EMENT VOL-02244-02 PP-00246 RTJ VOL-00199-01 PP-00225 LEXSTF vol. 28, nº 333, 2006, p.159-195)

A liminar foi indeferida, porquanto implicaria o provimento da reclamação. Em parecer, a Procuradoria-Geral da República defendeu a procedência da reclamação.

Esses eram os fatos relevantes a se rememorar.

A solução, como se depreende da comparação entre o ato reclamado e o teor da decisão paradigma, é, de fato, a procedência da reclamação.

No voto condutor da maioria, o Ministro Nelson Jobim, ao dar provimento ao recurso ordinário, assentou que:

Conclui-se de tudo isso, que o Presidente do Tribunal só poderia limitar o acesso à informação requerida desde que estivesse agindo dentro dos limites objetivos da lei. Somente nesse caso.

A norma adotada como fundamento de recusa ao pedido dos IMPETRANTES (inciso I do Provimento nº 54/STM), ora recorrentes, não tem o alcance desejado pela autoridade apontada como coatora.

Leio o que diz o inciso I do Provimento nº 54/STM:

I – Os Representantes do Ministério Público Militar e os Advogados terão acesso às gravações de julgamento dos processos em que tenham tomado parte, exceto quanto à matéria discutida e votada em sessão secreta pelo Plenário do Superior Tribunal Militar.

Não se pode inferir dessa regra uma restrição ao direito de informação dos recorrentes.

Quando se trata do direito à informação não há espaço para discricionariedade.

Do mesmo modo, não se pode dar a uma norma interpretação ampliativa para restringir um direito fundamental, restrição essa que não se pautaria em nenhum princípio constitucional de mesmo valor em nosso ordenamento.

O direito fundamental à informação, diante de nossa história recente, é talvez um dos mais caros no elenco do art. 5º da Constituição.

Somente justificativa pautada em princípio estrutural do sistema político brasileiro – como a proteção ao interesse público ou a defesa da intimidade – legitimaria a sua restrição.

Não se perfaz em justificativa plausível a alegação de que o material de que se pleiteou cópia apenas serviria para o controle interno do tribunal ou para o exame dos Ministros da Corte.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido e garantir aos IMPETRANTES o direito de acesso (possibilidade de consulta) e de cópia dos autos e das respectivas

gravações requisitadas à autoridade coatora, e, ainda, a devolução das fitas apreendidas do Sr. Fernando Tristão Fernandes.

O pedido, por sua vez, nos termos em que relatado pelo e. Ministro Maurício Corrêa, consistia na pretensão de que fosse garantido aos impetrantes:

o direito líquido e certo de acesso pleno e de cópia de autos e suas respectivas gravações, acervo de arquivo público, sobretudo o de reproduzir gravações de defesas orais, para fins de pesquisa histórica que comporá o livro *Voz Humana*, a ser editado em homenagem a advogados que atuaram na defesa de acusados de crimes políticos.

Como se observa da fundamentação constante do acórdão deste Tribunal, foram afastadas as alegações que poderiam sustentar o indeferimento de acesso às gravações com base no sigilo de sessões secretas, se o regramento do sigilo não fosse legal.

Em defesa do ato reclamado, o Presidente do Superior Tribunal Militar sustenta que:

Apesar de o então requerente ter feito menção às sessões públicas e secretas realizadas pelo STM durante a década de 1970, a Presidência deste Tribunal não pôde lhe autorizar acesso às ditas “sessões secretas”, haja vista o Ato Normativo nº 244, de 12.04.2007, do STM, em observância o Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, estabelecer que:

Art. 9º – O acesso à documentação considerada sigilosa ou que contenha dados e informações restritos à administração do Tribunal, bem como aquela necessária ao resguardo da inviolabilidade, da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, será permitido, se autorizado pelo Presidente, nos seguintes casos:

I – ao agente público, no exercício do seu cargo, função ou atividade pública, que tenha necessidade conhecê-la;

II – ao cidadão, no que diga respeito à sua pessoa, seja do seu interesse particular ou de interesse coletivo;

III – ao cônjuge, ascendente ou descendente, com pedido acompanhado da certidão de óbito ou da declaração de ausência.

O argumento não pode prosperar. Ainda que se indique que o ato é posterior à decisão desta Corte, no acórdão que julgou o recurso ordinário, o Supremo Tribunal Federal expressamente exigiu que a negativa de acesso, com base no interesse público, fosse fundada em norma legal expressa.

Ademais, é preciso registrar que, posteriormente ao julgamento, foi promulgada a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, lei de acesso à informação, que, na linha do que já havia decidido este Tribunal, regula os prazos de acesso aos documentos tidos por sigilosos. A própria lei desautoriza a exegese sustentada pela autoridade reclamada, ao estabelecer, no art. 24, §1º, o prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos para o acesso às informações de interesse público. Assim, também por essa razão, nítida a ofensa à autoridade do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, acompanho a Ministra Relatora para julgar procedente a presente reclamação, a fim de assegurar ao reclamante o acesso integral aos registros de áudio de todas as sessões realizadas pelo Superior Tribunal Militar na década de 1970, independentemente da anterior classificação em registros públicos e secretos.

É como voto.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, também eu penso assim. Já vai longe o tempo em que civis eram julgados por crimes políticos, perante a Justiça Militar, em sessões secretas. Portanto, 30 anos depois da redemocratização, negar acesso às gravações dessas sessões de julgamento não faz nenhum sentido, além de claramente descumprir precedentes firmados por este Tribunal, como bem demonstrou Vossa Excelência.

Portanto, apenas sintetizar, porque sempre faço isso nos meus votos, a minha tese de julgamento que acompanha a de Vossa Excelência é:

A publicidade dos atos processuais prevista no artigo 5º, LX, da Constituição garante o acesso dos interessados às gravações de sessões de julgamento do Superior Tribunal Militar, realizados na época da ditadura, independentemente de sua classificação pretérita.

Como voto, Presidente.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, saudando a todos, eu também me alinho aos Colegas que me antecederam para acompanhar o belíssimo voto de Vossa Excelência numa questão tão sensível e tão essencial à democracia, sobretudo porque entendo que um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito é justamente esse direito e o acesso à informação.

Então, nessa linha, acompanhando Vossa Excelência. Apenas me permito registrar que um dos últimos atos que pratiquei como Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em 2003 ainda, foi a criação do memorial da Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul, que tem prestado serviços belíssimos e oportunizado um material extremamente rico para as pesquisas acadêmicas no que diz respeito à reconstrução da nossa História, a história do trabalho no âmbito da nossa sociedade. E sempre tendo em mira e tendo a compreensão de que o presente só pode ser entendido em um futuro melhor construído se nós conhecermos e revisitarmos o passado.

Acompanho Vossa Excelência.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, eu também tenho o prazer e a honra de acompanhar o voto de Vossa Excelência, que, no caso concreto, conjura exatamente uma desobediência judicial perpetrada pelo Superior Tribunal Militar, tanto assim, que o ato reclamado autorizou apenas o acesso às sessões públicas realizadas, apontadas do pedido protocolado no ano de 1977, condicionado à disponibilidade de horário, a critério da Secretaria do Pleno, ao passo que a decisão do Supremo Tribunal Federal não estabelecia nenhum condicionamento.

Trago aqui alguns excertos que têm íntima vinculação com o voto de Vossa Excelência. Cito Dvorkin; uma passagem muito interessante de Conrad Röss, no sentido de que o equivalente necessário para liberdade e manifestação da opinião é a liberdade de informação com base na formação da opinião democrática; porquanto a liberdade de informação é pressuposto da publicidade democrática. E somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar na forma intentada pela lei no processo democrático. Em suma, é a velha expressão de Thomas Jefferson no sentido de que a liberdade de falar e escrever guarda nossas outras liberdades.

Relembro, por fim, que a Constituição de 1988 dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, o que torna absolutamente incompatível essa postura pretérita do Superior Tribunal Militar.

Razão pela qual eu acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, parabenizando pela profundidade com que versou sobre o tema.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, começo parabenizando Vossa Excelência pelo voto que profere, denso, logicamente bem encadeado e, por todos os títulos, histórico.

Observo que, como corolário do Estado Democrático de Direito em que nós vivemos, existem dois dispositivos da Constituição absolutamente fundamentais para concretização desse Estado, quais sejam, já foi acentuado, não só por Vossa Excelência, mas por todos aqueles que me precederam – o direito de informação ou de acesso à informação. São, em nossa Carta Magna, assegurados em dois pontos, pelo menos: o artigo 5º, XIV, que garante o acesso à informação, resguardado apenas o sigilo da fonte, quando necessário, ao exercício profissional; portanto, não há nenhum tipo de embaraço ao acesso à informação; outro que me parece muito importante, aplicável diretamente ao caso sob análise, é o disposto também no artigo 5º, no inciso XXXIII, que estabelece o seguinte:

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;

Que não é o caso; não há nenhum perigo para a segurança da sociedade e do Estado.

E outro aspecto digno de nota, que foi ressaltado pelo Ministro Luiz Fux, a partir do advento da Constituição de 88. O artigo 93, que se insere no capítulo que rege o Poder Judiciário, mais especificamente o inciso IX, sempre invocado por todos nós, estabelece o seguinte:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

Por essas razões, acompanho integralmente Vossa Excelência.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, saudando Vossa Excelência, cumprimentando-a, acompanho o voto brilhante que Vossa Excelência proferiu.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a matéria de fundo, relativa ao acesso a dados no Superior Tribunal Militar, já foi julgada. Vale dizer, o

puxão de orelha ocorreu, no que provido o recurso ordinário constitucional interposto contra o indeferimento da segurança.

Tive dúvida quanto à legitimidade para a reclamação. Mas constatei, pedindo a folha da consulta processual, que o reclamante foi parte na relação jurídica do mandado de segurança. Foi o recorrente, presente o recurso ordinário.

No mais, verificado o desrespeito ao pronunciamento do Supremo, cabe acolher o pleito formalizado na reclamação.

Acompanho Vossa Excelência.

RECLAMAÇÃO Nº 11.949 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

Os estatutos do poder, em uma República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério nem legitimar o culto ao sigilo.

É preciso sempre recordar que a experiência concreta a que se submeteu o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) constitui, *para esta e para as próximas gerações*, marcante advertência que não pode ser ignorada: *as intervenções pretorianas ou militares* no domínio político-institucional têm representado *momentos de grave inflexão* no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Pronunciamentos militares, *quando efetivados e tornados vitoriosos*, tendem, *necessariamente*, na lógica autocrática *do regime supressor* das liberdades que se lhes segue, a diminuir (quando não a eliminar) o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, *por isso*, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e da prática da cidadania.

Com o movimento de 1964, *sobreveio a ruptura da ordem jurídica* plasmada no texto constitucional de 1946.

É importante salientar, neste *ponto*, que o modelo de governo instaurado em nosso País em 1964 mostrou-se fortemente estimulado pelo *"perigoso fascínio do absoluto"* (Pe. COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina*. p.225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), pois privilegiou e cultivou o sigilo, transformando-o em *praxis* governamental institucionalizada, ofendendo, *frontalmente*, o princípio democrático.

Com a violenta ruptura da ordem jurídica consagrada na Constituição de 1946, os novos *curadores do regime* vieram a forjar, em momento posterior, o sistema *de atos estatais reservados*, como os decretos reservados (art. 31 do Decreto nº 79.099/77) e as portarias reservadas – estas mencionadas no §3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –, numa inqualificável subversão dos princípios estruturadores *da gestão democrática e republicana do poder estatal*, que impõe aos que o exercem a plena submissão às exigências indisponíveis da publicidade.

Ao assim proceder, esse regime autoritário, que prevaleceu no Brasil durante largo período, apoiou a condução e a direção dos negócios de Estado em concepção teórica – de que resultou a formulação da doutrina da segurança nacional – que deu suporte a *um sistema claramente inconveniente* com a prática das liberdades públicas.

Desprezou-se, desse modo, *como convém a regimes autocráticos*, a advertência feita por NORBERTO BOBBIO, cuja lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*, 1986, Paz e Terra) assinala – *com especial ênfase* – não haver nos modelos políticos que consagram a democracia *espaço possível reservado ao mistério*.

Não constitui demasia rememorar, *aqui*, na linha da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 284/DF, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO (RTJ 139/712-732), que o novo estatuto político brasileiro – que rejeita *o poder que oculta* e que não tolera *o poder que se oculta* – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucional a ser observado, inscrevendo-a, em face de sua alta significação, na declaração de direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados pela Constituição da República aos cidadãos em geral.

Na realidade, os estatutos do poder, *numa República fundada em bases democráticas*, como o Brasil, não podem privilegiar o mistério, porque a supressão *do regime visível de governo* – que tem na transparência a condição de legitimidade de seus próprios atos – sempre coincide com os tempos sombrios em que declinam as liberdades e os direitos dos cidadãos.

Cabe referir, *por relevante*, Senhores Ministros, a propósito do tema ora em exame, o autorizado magistério da Senhora Presidente desta Corte e eminente Professora CÂRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.242/243 e 249, itens nºs 1 e 3.2, 1994, Del Rey):

A Democracia moderna, e, em especial, aquela idealizada no Estado Contemporâneo, estabelece como princípio fundamental o da transparência, pois a relação política somente pode ser justificada pelo respeito ao outro e a todos, solapada como foi a tese e a prática de supremacia da vontade do governante sobre os governados.

(...)

Tendo adotado o princípio democrático e, ainda, o republicano, não se poderia pensar no afastamento do princípio da publicidade administrativa no Direito brasileiro. A Constituição não deixou que o princípio emergisse daqueles outros e o fez expresso. Não o restringiu a princípio concernente à atividade administrativa, mas a todas as funções e atividades estatais (arts. 5º, incisos XXXIII, LX, LXXII, 37, 93, IX, dentre outros). Tornou-o assegurado aos indivíduos, que o têm como direito fundamental dotado de garantia específica constitucionalmente instituída.

(...)

Informação é poder. Quando a informação é do Estado, detentor de poder soberano na sociedade política, a publicidade dos comportamentos públicos e o seu conhecimento pelos cidadãos passam a ser direito fundamental do indivíduo.

É a natureza da atividade, os fins por ela buscados pelo Estado e os meios para tanto adotados e empregados que tornam a publicidade princípio fundamental a ser observado.

(...)

Cada vez mais a publicidade se espraia e se torna princípio informador do Direito, pois não se exige que a Democracia, definida como regime político no sistema constitucional, tenha ocorrência apenas nos palácios, *mas que ela seja de toda a sociedade.*

(...)

Por outro lado, não se há desconhecer que não se pretende mais aceitar, como legítima, a democracia da ignorância, aquela na qual todos são iguais no desconhecimento do que se passa no exercício do Poder usurpado e silenciosamente desempenhado. (Grifei.)

Com efeito, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática *como um regime do poder visível* ou, na lição expressiva de BOBBIO (*op. cit.*, p.86), como “um modelo ideal do governo público em público”.

A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior no desempenho de sua prática governamental.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, *em sua expressão concreta*, em fator de legitimação das decisões, das práticas e dos atos governamentais.

Tenho por inquestionável, *por isso mesmo*, que a exigência de publicidade dos atos formados no âmbito do aparelho de Estado traduz consequência que resulta de um princípio essencial em face do qual a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente.

Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às *informações de interesse coletivo ou geral* – a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social – qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos *permanentemente* os atos do poder público.

Não se pode impor óbice à *busca da verdade* e à *preservação da memória histórica* em torno dos fatos ocorridos no período em que o país, o *nosso País*, foi dominado pelo regime militar.

Não foi por outra razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso no qual se buscava acesso a processos criminais junto ao Superior Tribunal Militar, garantiu aos recorrentes, que eram pesquisadores (um dos quais o ora reclamante), “o direito de acesso (possibilidade de consulta) e de cópia dos autos e das respectivas gravações requisitadas à autoridade coatora, e, ainda, a devolução das fitas apreendidas (...)”, em julgamento *que restou consubstanciado em acórdão assim ementado*:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. *Não se cogita* da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV, da Lei nº 8.906/96), *uma vez que os impetrantes não requisitaram* acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, *mas como pesquisadores*.

2. *A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos* com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.

3. *A coleta de dados históricos* a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, *constitui-se em motivação legítima*, a garantir o acesso a tais informações.

4. *No caso*, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público.

5. *Não configuração* de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei nº 8.159/91) e do direito à informação.

Recurso ordinário provido.

(RMS 23.036/RJ, Red. p/ o acórdão Min. NELSON JOBIM – grifei.)

Vê-se, *portanto*, que assiste *a toda a sociedade* o direito de ver esclarecidos os fatos ocorridos em período tão obscuro de nossa história, direito esse que, *para ser exercido em plenitude*, não pode sofrer o obstáculo que se lhe opôs com a recusa

emanada do eminente Senhor Presidente do E. Superior Tribunal Militar, pois o ato de que ora se reclama constituiu óbice injusto à *recuperação da memória histórica e ao conhecimento da verdade*.

Finalmente, e apenas para efeito de mero registro, reconheço a plena legitimidade da utilização, *no caso*, do instrumento processual da reclamação, eis que ajuizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como enfatiza o *magistério da doutrina* (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 3/199-200, item nº 653, 9ª ed., 1987, Saraiva, v.g.) e acentua a *jurisprudência desta Corte Suprema* (RTJ 134/1033 – RTJ 169/383-384 – RTJ 183/1173-1174 – RTJ 187/150-152, v.g.):

A DESOBEDIÊNCIA À AUTORIDADE DECISÓRIA DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IMPORTA NA INVALIDAÇÃO DO ATO QUE A HOUVER PRATICADO.

– A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o *imperium* inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte.

(Rcl. 2.010/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Sendo assim, *em face das razões expostas* e com essas considerações, conheço da presente reclamação, para julgá-la procedente, acompanhando, *integralmente*, o douto voto proferido por Vossa Excelência, Senhora Presidente.

É o meu voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 11.949

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECLTE.(S): FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES

ADV.(A/S): FERNANDO TRISTÃO FERNANDES (49344/RJ)

RECLDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), julgou procedente a Reclamação para determinar à autoridade Reclamada dê fiel e integral cumprimento à ordem concedida no

juízo de julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.036. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando da solenidade de abertura do 110º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça, na cidade de São Paulo. Falaram, pelo *amicus curiae* Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior e, pela Procuradoria-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada. Plenário, 16.3.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 972.163 / ESPÍRITO SANTO
(2016/0224411-5)**

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – O entendimento firme desta Corte Superior é no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, desautoriza a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

II – *In casu*, a pena-base da lesão corporal praticada em âmbito doméstico foi elevada pela valoração negativa dos vetores referentes aos motivos e às consequências do crime. Um e outro extrapolam do desenrolar ordinário do delito de lesão corporal,

que não necessariamente resulta no desmaio da vítima ou tem como causa a sua recusa em manter relações sexuais com o agressor. As duas circunstâncias, que não se confundem com as elementares do tipo, patenteiam a gravidade concreta do crime e legitimam o *quantum* de incremento punitivo.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 972.163 / ES (2016/0224411-5)

AGRAVANTE: PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA (fls. 265-271) contra decisão (fls. 255-258) de minha relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, nos termos do art. 253, Parágrafo Único, inciso II, alínea *b*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Depreende-se dos autos que o ora agravante foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 129, §9º, do Código Penal, na forma da Lei nº 11.340/2006, à pena de um ano de detenção, em regime inicialmente aberto (fls. 140-150).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de v. acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL LEVE. DOSIMETRIA. PENA BASE.

MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APELO DESPROVIDO.

1. É insofismável que “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores” (HC nº 114246/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe-103 DIVULG 31/05/2013; PUBLIC 03/06/2013).

2. Deste modo, à luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença ou do acórdão quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais se consideraram desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal [...].

3. No caso concreto, o Juízo *a quo*, por ocasião da dosimetria, fixou a pena-base acima do mínimo legal de forma adequada, isso porque, além de bem delimitar o maior desvalor aos motivos do delito, as consequências imediatas do ato perpetrado merecem relevo, considerando que a prática denotou intensidade ao ponto da vítima ficar desacordada.

4. Por consectário, tem-se que o patamar de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, fixado para sanção básica, respeitou os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, impondo-se a manutenção da sentença objurgada e da sanção definitiva estipulada.

5. Recurso desprovido. Unânime (fl. 186).

Sobreveio recurso especial (fls. 194-201), com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, no qual se alegou que a decisão proferida na origem violou o art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido, argumentou o recorrente que a valoração negativa das circunstâncias judiciais deve ensejar a exasperação da pena “apenas quando uma ação relacionada à prática da infração penal a torna ainda mais gravosa que o normal, isto é, tal circunstância deve estar além das inerentes ao tipo penal” (fl. 198).

E afirma que o fato de a sua conduta ter deixado a vítima desacordada não é motivação suficiente para o incremento punitivo, pois tal consequência seria natural decorrência dos crimes que envolvem violência física.

Foi requerido, ao final, o provimento do recurso, para redimensionar a pena imposta ao acusado ao mínimo legal.

O eg. Tribunal *a quo* inadmitiu o apelo nobre, em decisão de fls. 213-218, invocando o óbice da Súmula nº 83/STJ.

Interpôs-se agravo em recurso especial, às fls. 221-226. O *decisum* de fls. 255-258 conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, com fundamento no art. 253, Parágrafo Único, inciso II, alínea *b*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No presente agravo regimental (fls. 265-271), o recorrente alega, de início, a impossibilidade de enfrentamento da matéria constante do apelo nobre em decisão monocrática, por não estar presente nenhuma das hipóteses previstas no art. 253, Parágrafo Único, inciso II, alínea *b*, do RISTJ.

Afirma ser inaplicável a Súmula nº 7/STJ, pois, “[n]o caso em debate, a questão de direito está bem definida: ausência de motivação idônea na fixação da pena-base, evidenciando desatenção ao princípio da motivação das decisões. *Não se trata, portanto, de tentativa de revolver prova, mas sim de clara impugnação à quaestio juris*” (fls. 267-268).

Requer a reconsideração do *decisum* ou, caso não seja esse o entendimento, a apresentação do recurso ao Colegiado.

Por manter a decisão, trago o feito para a apreciação da eg. Turma.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 972.163 / ES (2016/0224411-5)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – O entendimento firme desta Corte Superior é no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, desautoriza a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

II – *In casu*, a pena-base da lesão corporal praticada em âmbito doméstico foi elevada pela valoração negativa dos vetores referentes aos motivos e às consequências do crime. Um e outro extrapolam do desenrolar ordinário do delito de lesão corporal, que não necessariamente resulta no desmaio da vítima ou tem como causa a sua recusa em manter relações sexuais com o agressor. As duas circunstâncias, que não se confundem com as elementares do tipo, patenteiam a gravidade concreta do crime e legitimam o *quantum* de incremento punitivo.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A irresignação não merece provimento.

De fato, como bem sustentou o agravante, a matéria deduzida no apelo nobre não esbarra no óbice da Súmula nº 07/STJ, nos termos da qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

É questão de direito, passível de ser veiculada no recurso especial, o exame da fundamentação empregada para a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria. Nesses casos, está-se diante da definição da correta interpretação de dispositivo de lei federal (art. 59 do Código Penal), assim, incorreto o não conhecimento do recurso sob o pretexto de ser necessário o reexame fático-probatório.

Todavia, vê-se da decisão ora agravada, que a alusão ao mencionado enunciado sumular não passou de argumento adicional para negar provimento ao recurso, inclusive, erroneamente empregado, uma vez que levaria à inadmissibilidade do apelo.

Em verdade, o *decisum* objurgado decidiu o mérito da controvérsia, consignando, que não haveria flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na dosimetria feita na origem.

Assim, a despeito do erro na referência à Súmula nº 07/STJ, não é devida a modificação da conclusão da monocrática no sentido de desprover o apelo nobre.

Para a adequada delimitação da *quaestio*, colaciono o seguinte excerto da decisão da origem:

É inofismável que “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores”.

[...]

Deste modo, à luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, *não há o que se falar em nulidade da sentença ou do acórdão quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais se consideraram desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.*

[...]

No caso concreto, o Juízo a quo, por ocasião da dosimetria, fixou a pena-base acima do mínimo legal de forma adequada, isso porque, além de bem delimitar o maior desvalor dos motivos do delito – uma vez que o crime verificou-se em virtude da vítima ter se recusado a manter relações sexuais com o recorrente –, as consequências imediatas do ato perpetrado merecem relevo, considerando que a prática denotou intensidade ao ponto da vítima ficar desacordada.

Deste modo, a despeito do fato de algumas das circunstâncias judiciais não apresentarem-se desfavoráveis ao recorrente, tem-se que os demais elementos apontados pelo magistrado de singela instância foram bem justificados e que as ponderações utilizadas possuem idoneidade para majoração da pena base acima do patamar mínimo previsto em lei.

Por consectário, tem-se que o patamar de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, fixado para a sanção básica, respeitou os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, impondo-se a manutenção da sentença objurgada e da sanção definitiva estipulada (fls. 188-189).

O entendimento firme desta Corte Superior é no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, desautoriza

a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

In casu, a pena-base da lesão corporal praticada em âmbito doméstico foi elevada pelo desfavorecimento dos vetores dos motivos e das consequências do crime. Um e outro extrapolam do desenrolar ordinário do delito de lesão corporal, que não necessariamente resulta no desmaio da vítima ou tem como causa a sua recusa em manter relações sexuais com o agressor. As duas circunstâncias, que não se confundem com as elementares do tipo, patenteiam a gravidade concreta do crime e legitimam o *quantum* de incremento punitivo.

Assim, irretocável o v. acórdão impugnado.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO FAMILIAR (CP, ART. 129, §9º). DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CP, ART. 33, §3º). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...]

02. “A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação” (STJ, AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07/08/2014).

Salvo manifesto abuso no exercício dessa discricionariedade, impõe-se a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetiva a “mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei” (STJ, AgRg no HC nº 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC nº 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015).

[...]

04. *Habeas corpus* não conhecido (HC nº 303.701/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Newton Trisotto – Desembargador convocado do TJ/SC, DJe 25/05/2015).

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONDUTA

SOCIAL, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESARMONIA NO ÂMBITO FAMILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

[...]

3. Devidamente fundamentada a elevação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se, sobretudo, a especial gravidade e reprovabilidade da conduta, em razão das graves consequências desse tipo penal no âmbito familiar.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 1 ano de detenção, mantidos os demais termos da condenação (HC nº 258.539/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 03/03/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CRIMES CONTRA PESSOA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. PENA. FIXAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONDICIONANTES FÁTICAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7, STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena está sujeita a certa discricionariedade do juiz, desde que respeitada a razoabilidade, pois o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação e foi devidamente fundamentada.

[...]

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 498.159/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 22/05/2014).

Estando o v. acórdão originário em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte Superior, foi correta a aplicação do art. 253, Parágrafo Único, inciso II, alínea b, do RISTJ.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no AREsp Nº 972.163 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2016/0224411-5

Números Origem: 001081306 00108130620138080011 011130103887 0111301038872
0160072823211130103887 11130103887201600728232

JULGADO: 20/02/2018

EM MESA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a liberdade pessoal – Ameaça

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: PAULO SERGIO DOBRAVOLSK COSTA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.836 / AMAZONAS (2017/0100762-2)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: FRANKLIN BRAGA DA SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ALBERTO SIMONETTI CABRAL NETO – DEFENSOR DATIVO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO*. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VETORIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUMENTO PROPORCIONAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

In casu, os fundamentos apresentados no acórdão objurgado, em relação à manutenção da vetorial *consequências do crime*, mostram-se suficientes e adequados para manter o *quantum* de exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria. Assim, atento a essa orientação, tenho que se revela juridicamente aceitável a exasperação mantida pelo eg. Tribunal *a quo*, em 08 (oito) meses.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.836 / AM (2017/0100762-2)

AGRAVANTE: FRANKLIN BRAGA DA SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ALBERTO SIMONETTI CABRAL NETO – DEFENSOR DATIVO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por FRANKLIN BRAGA DA SILVA contra a decisão de fls. 547-552, de minha lavra, na qual conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Consta dos autos que o MM. Juízo de 1º grau condenou o ora agravante como incurso nas sanções do art. 297, §3º, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais 100 dias-multa. Houve substituição por pena restritiva de direitos (fls. 410-420).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal *a quo*, que, em decisão unânime, deu-lhe parcial provimento para reduzir a reprimenda corporal para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 24 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença recorrida (fls. 472-482).

Sobreveio recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, no qual se sustentou violação ao art. 59, do Código Penal, e aos arts. 156, *caput*, 158, *caput*, 239, *caput*, e 386, incisos IV e VII, e 573, *caput*, todos do Código de Processo Penal (fls. 485-491). Alegou, para tanto, que:

a) a dosimetria não foi fixada de forma correta, pois “[...] a suposta falsificação de documento público, no máximo, atinge a fé pública, mas, de forma nenhuma tocou na Previdência Social” (fl. 487).

b) “[...] na confrontação entre o conteúdo do Acórdão e as disposições legais transcritas, está cristalino que, de uma só vez, o Acórdão feriu todas as disposições legais transcritas além de ter contrariado também as disposições dos artigos 156, 158, 239, 564, III, *b*, 573 do CPP, cujas lesões caso não tenham sido referidas expressamente na decisão fustigada, desafiam o Recurso Especial, porquanto a matéria decidida contraria, em fácil constatação, as normas em apreço, caracterizando o que se convencionou de prequestionamento implícito” (fl. 488).

O eg. Tribunal de origem inadmitiu o apelo nobre, com fundamento na Súmula nº 7/STJ (fls. 485-491).

No respectivo agravo, reiteraram-se os argumentos expendidos no apelo nobre e refutou-se o fundamento utilizado para negar-lhe trânsito (fls. 513-522).

A Contraminuta foi apresentada pelo Ministério Público (fls. 525-530).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pelo não conhecimento do agravo (fls. 542-545).

Em decisão de fls. 547-552, conheci do agravo para não conhecer do recurso especial.

Nas razões do presente agravo regimental, a Defesa alega, em síntese, que:

a) [...] a defesa reconhece a deficiência na fundamentação do recurso especial quanto às insurgências às violações aos artigos 156, *caput*, 158, *caput*, 239, *caput*, 386, incisos IV e VII, e 573, *caput*, todos do Código de Processo Penal. De fato, a controvérsia jurídica suscitada não restou devidamente clara, obstando a reapreciação da matéria. De toda forma, a pretensão recursal, quanto a tais irresignações, demandaria revolvimento do quadro fático, atraindo o enunciado sumular nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (fl. 562).

b) [...] na contramão do que consignou a decisão monocrática, uma novel dosimetria da pena, *in casu*, não se alicerçaria em dados concretos do fato, mas numa equivocada interpretação da norma que terminou por culminar no vedado *bis in idem* (fl. 563).

c) [...] a consequência do crime foi valorada de maneira teórica/abstrata, sem qualquer esteio na gravidade concreta do delito, e encontra exata correspondência com a conduta que o legislador pretendeu coibir ao tipificá-la, atraindo, assim, ilegitimidade, dupla reprimenda a reclamar o reconhecimento do inequívoco *bis in idem* (fl. 563).

Pugna, ao final, pela apresentação do recurso ao colegiado.

Por manter o *decisum*, trago o feito para apreciação da eg. Turma.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.836 / AM (2017/0100762-2)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: FRANKLIN BRAGA DA SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ALBERTO SIMONETTI CABRAL NETO – DEFENSOR DATIVO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO*. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VETORIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUMENTO PROPORCIONAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

In casu, os fundamentos apresentados no acórdão objurgado, em relação à manutenção da vetorial *consequências do crime*, mostram-se suficientes e adequados para manter o *quantum* de exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria. Assim, atento a essa orientação, tenho que se revela juridicamente aceitável a exasperação mantida pelo eg. Tribunal *a quo*, em 08 (oito) meses.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão recorrida.

Na hipótese versada, o MM. Juízo de 1º Grau majorou a pena-base na primeira fase do cálculo em 01 (um) ano, tendo em vista a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam: a conduta, os motivos e as consequências do crime. Em decorrência disso, a pena-base foi majorada em 01 (um) ano de reclusão, mais 100 dias-multa. Na segunda fase, não houve circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na última fase, não foi aplicada causa de aumento ou de diminuição, tendo a pena sido fixada definitivamente no referido patamar (fls. 410-420).

Por sua vez, o eg. Tribunal *a quo*, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, afastou a valoração negativa da vetorial *motivos do crime* e, em consequência, reduziu a reprimenda corporal para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão mais 36 dias-multa (fls. 433-456).

Pois bem.

Sobre a *quaestio*, cumpre ter presente que o eg. Supremo Tribunal Federal tem entendido que “a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada” (HC nº 137.769/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-se “ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades” (HC nº 128.446/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

A propósito, sobre a *quaestio*, consignou o eg. Colegiado:

Quanto à dosimetria, o magistrado, após análise das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal, considerou como desfavoráveis ao réu a reprovabilidade da conduta, pois gozava da confiança plena de seu irmão para adimplir as contas do laboratório; os motivos, pois tirava vantagem de uma situação, pouco lhe importando quem suportaria os efeitos de seus atos, que, em algum momento, recairiam sobre os aposentados e assistidos da Previdência Social; e as consequências do delito, por atingir o sistema de recolhimento da Previdência Social. O sentenciante fixou a *pena-base em 03 (três) anos de reclusão* e, à míngua de circunstâncias atenuantes ou agravantes e de causas de diminuição ou aumento de pena, tornou-a definitiva.

Tenho que a pena-base merece modificação apenas no que se refere à motivação do crime, já ínsita ao tipo penal, de forma que não pode ensejar a majoração da pena. Não se pode invocar circunstância que já está contida na valoração do legislador ordinário para agravar o tipo penal básico do crime, sob pena de incorrer em bis in idem.

Reduzo a pena-base para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e, não havendo circunstâncias atenuantes ou agravantes nem causas de diminuição ou de aumento de pena, torno-a definitiva, ficando mantida a sentença no que tange ao regime aberto de cumprimento (art. 33, §2º, c, do CP).

Quanto à pena de multa, fixada em 100 (cem) dias-multa, no valor de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos,

reduzo-a para 24 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época, haja vista a falta de informação nos autos sobre a situação econômica do réu.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito: a primeira, de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação, no total de 1095 (um mil e noventa e cinco) horas, a ser cumprida no Abrigo Monte Salém, localizado no Ramal Sol Nascente, nº 585, Tarumã, em dias úteis ou somente nos fins de semana, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho do réu, podendo ser cumprida em menor tempo, desde que haja autorização do Juízo, desde que não implique o cumprimento em período inferior a 01 (um) ano e 06 (seis) meses, o que equivale à metade da pena imposta, consoante o §4º do art. 46 do CP; e a segunda, de prestação pecuniária no valor de 05 (cinco) salários mínimos em valores vigentes à época do recolhimento, em favor do referido abrigo.

Mantenho a substituição da privação da liberdade pelas penas restritivas de direito, atentando-se para a redução ora efetuada quanto às horas de prestação de serviços à comunidade. A pena pecuniária fica reduzida para 03 (três) salários mínimos em valores vigentes à época do recolhimento.

[...]

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir as penas, nos termos acima fundamentados.

É o voto (fls. 472-482).

Na hipótese dos autos, pela leitura do excerto acima transcrito, *identifico que a dosimetria realizada pela eg. Corte de origem merece ser mantida*, em especial na parte em que manteve a valoração negativa das circunstâncias judiciais atinentes à conduta e às consequências do crime e reduziu a pena para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, reduzindo, de forma proporcional e razoável, o *quantum* estabelecido pelo MM. Juízo de 1º Grau na sentença condenatória recorrida.

Como se sabe, a exacerbação da pena depende de fundamentação concreta, vinculada às provas coligidas durante a instrução e que demonstrem a gravidade diferenciada do crime. Portanto, *in casu*, os fundamentos apresentados no acórdão objurgado mostram-se suficientes para manter a exasperação da sanção no patamar acima referido.

Assim, atento a essa orientação, tenho que se revela juridicamente aceitável a exasperação mantida no presente caso, bem como a redução levada a efeito pelo

eg. Colegiado *a quo*, tendo em conta a valoração negativa de 02 (dois) vetores, quais sejam, a conduta e as consequências do crime, na operação de dosimetria penal.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ABALO PSICOLÓGICO CAUSADO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão das consequências do crime, cuja avaliação negativa se ampara no abalo psicológico causado à vítima, *mostra-se adequada e concretamente justificada*, não sendo cabível a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício neste ponto, já que ausente flagrante ilegalidade capaz de sustentar a adoção dessa providência.

2. O *quantum* de elevação não comporta reparo, pois há entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça firme no sentido de que “cabe ao magistrado sentenciante, dentro dos limites legais e nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (HC nº 383.506/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, Dje 06/04/2017)

[...]

3. *Habeas corpus não conhecido* (HC nº 411.243/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 19/12/2017, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO COM RESULTADO MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AUMENTO PROPORCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A culpabilidade deve ser compreendida como juízo de *reprovabilidade da conduta*, ou seja, a maior ou menor reprovação do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. *Na hipótese, o grau de censura da conduta do paciente deve ser considerado superior ao próprio do crime de extorsão mediante sequestro, máxime por ele ter negociado o valor do resgate da vítima.*

4. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena.

[...]

6. *Writ não conhecido* (HC nº 305.145/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 19/12/2017, grifei.)

Assim, deve ser mantida a decisão ora agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp Nº 1.089.836 / AM

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2017/0100762-2

Números Origem: 00009766920054013200 200332000015491 200532000009793

JULGADO: 20/02/2018

EM MESA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS
Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: FRANKLIN BRAGA DA SILVA
ADVOGADOS: ALBERTO SIMONETTI CABRAL NETO E OUTRO(S) – AM002599
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Fé Pública – Falsificação de documento público

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: FRANKLIN BRAGA DA SILVA
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES.: ALBERTO SIMONETTI CABRAL NETO – DEFENSOR DATIVO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

• • •

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO
NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL Nº 1.573.264 / PARAÍBA
(2015/0301115-5)**

RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

EMBARGANTE: FABIO TYRONE BRAGA DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: JOHN JOHNSON GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES - PB001663

EDWARD JOHNSON GONÇALVES DE ABRANTES - PB010827

ADVOGADA: GABRIELA ROLLEMBERG E OUTRO(S) - DF025157

ADVOGADA: FLAVIA STELLA CARDOSO - DF032803

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA CAUSA, CONSIDEROU ADEQUADAS AS SANÇÕES IMPOSTAS NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS, QUANTO AO DIREITO FEDERAL APLICÁVEL. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 07/11/2017.

II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, negando provimento ao Agravo interno, por não ter sido demonstrada a divergência entre os julgados confrontados e por não servirem os Embargos de Divergência para o rejuízo do Recurso Especial.

III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do *decisum*.

IV. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES

Relatora

EDcl no AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.573.264 / PB (2015/0301115-5)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES: Trata-se de Embargos de Declaração, opostos por FÁBIO TYRONE BRAGA DE OLIVEIRA, em 14/11/2017, a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de minha relatoria, em sede de Agravo interno, publicado em 07/11/2017, que se encontra assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA CAUSA, CONSIDEROU ADEQUADAS AS SANÇÕES IMPOSTAS NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS, QUANTO AO DIREITO FEDERAL APLICÁVEL. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 21/07/2017, que, por sua vez, julgou recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. No caso, não há a divergência apontada pelo embargante, quanto ao direito federal aplicável, pois tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento, no sentido de que (a) as sanções por improbidade devem ser proporcionais ao ato ímprobo; e (b) é possível, em Recurso Especial, a revisão das sanções impostas pela prática de ato de improbidade administrativa, quando fixadas de forma desproporcional.

III. Na hipótese, o agravante insurge-se quanto à conclusão adotada pelo acórdão da Primeira Turma do STJ, no sentido de que, no caso, as sanções a ele impostas seriam proporcionais “à prática do ato ímprobo apontado, mormente considerando que a ‘publicidade no intuito de promoção pessoal importa em grave ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, que, entre outros, informam a boa administração’, conforme ressaltado na origem”. Assim, o agravante pretende, na verdade, o rejuízo da causa, para que seja realizado novo exame da gravidade dos atos ímprobos por ele praticados, com consequente adequação das sanções impostas.

IV. Entretanto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos de divergência não servem para rejuizar o apelo especial, mas, sim, consubstanciam-se em recurso destinado a uniformizar a jurisprudência deste Tribunal quando verificada a ocorrência de entendimentos diversos quanto ao direito federal em tela” (STJ, AgRg nos EREsp 1.155.859/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/08/2014). Nesse sentido: STJ, AgRg nos EAREsp 319.442/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015; EREsp 711.101/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe de 05/02/2009; EAg 1.298.040/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/08/2013.

V. Agravo interno improvido (fls. 1.084/1.085e).

Inconformada, sustenta a parte embargante que:

4) DA OMISSÃO QUANTO À DESPROPORCIONALIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS QUANDO NÃO HÁ DANO AO ERÁRIO.

Conforme demonstrado nos embargos de divergência, o acórdão da 1ª Turma divergiu do entendimento de diversos julgados de outras Turmas desse c. STJ no que tange à desproporcionalidade da sanção de suspensão de direitos políticos quando presente ato ímprobo do art. 11 da LIA, em que não há dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

De modo que o cerne da divergência, com a devida vênia, está na interpretação do art. 12, parágrafo único, da LIA, no que tange à desproporcionalidade da pena de suspensão dos direitos políticos para o caso concreto, já que o próprio acórdão do e. TJPB deixou claro que a condenação se deu apenas pelo art. 11 da LIA – violação a princípio –, e que não houve dano ao erário ou mesmo enriquecimento ilícito.

Vale frisar que o cerne da divergência está no fato de que esse c. STJ, em diversas ocasiões, em que a situação era muito mais grave que o presente caso, afastou a suspensão dos direitos políticos, justamente por entender excessiva para o caso.

Em que pese o tema de fundo do acórdão ora embargado (improbidade por promoção pessoal advinda da pintura de prédios públicos com as cores de campanha) não ser exatamente idêntico ao dos paradigmas, restou demonstrado que a questão nuclear da divergência é a proporcionalidade da fixação da pena de suspensão dos direitos políticos, o que foi enfrentado em todos os casos.

Trata-se, portanto, de discussão sobre a ofensa direta ao art. 12, parágrafo único, da LIA, considerando a desproporcionalidade da pena de suspensão dos direitos políticos em relação à reduzida gravidade de condenações com base no artigo 11 quando não há dano ao erário ou enriquecimento ilícito, caracterizando dissenso na aplicação do direito material, passível de ser apreciada na via dos embargos de divergência, a teor do §2º do art. 1.043, NCPC.

Com a devida vênia, o acórdão embargado não se manifestou de forma suficiente sobre a divergência aventada, pois assentou apenas que “tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento, no sentido de que (a) as sanções por improbidade devem ser proporcionais ao ato ímprobo; e (b) é possível, em Recurso Especial, a revisão das sanções impostas pela prática de ato de improbidade administrativa, quando fixadas de forma desproporcional”.

Quando, na verdade, o ponto central da divergência está na desproporcionalidade da condenação na pena de suspensão dos

direitos políticos pela prática de ato ímprobo que não resulta em prejuízos aos cofres públicos ou enriquecimento ilícito, conforme verificado nos acórdãos apontados como paradigma.

Com efeito, o acórdão embargado não deixa claro como o entendimento do e. Tribunal de origem estaria em consonância com a jurisprudência dessa c. Corte Superior, em verdadeiro desrespeito aos termos do inciso IX do art. 93 da CF e do inciso V do §1º do art. 489 do CPC/15.

Os incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/15 afirmam que é preciso a demonstração de que os pressupostos de fato e de direito não são os mesmos do caso concreto.

Além de inobservar os requisitos indispensáveis à fundamentação do r. acórdão, com a devida vênia, o voto condutor considerou apenas a divergência acerca do fato de que “as sanções por improbidade devem ser proporcionais ao ato ímprobo”, não se pronunciando, contudo, sobre o dissenso quanto à desproporcionalidade da aplicação da pena mais severa ao ato ímprobo que não apresenta contorno de gravidade.

Assim, com a devida vênia, verifica-se que o acórdão embargado não deixa claro como o entendimento exarado pela e. Primeira Turma estaria em conformidade com a jurisprudência da c. Primeira Seção dessa c. Corte Superior.

Justamente a divergência jurisprudencial acerca da desproporcionalidade na cominação da pena de suspensão dos direitos políticos quando não há dano ao erário e enriquecimento ilícito é que revela a necessidade de manifestação desse c. STJ para a devida integração do acórdão que julgou o agravo interno.

Portanto, a omissão persiste porque o trecho transcrito no acórdão ora embargado não evidencia as razões de fato e de direito que motivaram a conclusão de que o acórdão recorrido estaria em consonância com a jurisprudência desse c. Tribunal Superior.

Desse modo, em se tratando de questões nucleares para a decisão da causa, é imprescindível que haja a manifestação expressa dessa c. Corte Superior a respeito dessas matérias específicas trazidas ainda nos embargos de divergência e no agravo interno.

Com a devida vênia, não se sustentam os fundamentos do acórdão embargado de que haveria pretensão de rejuízo da causa para que seja realizado novo exame da gravidade dos atos ímprobos praticados.

Na verdade, é essencial que o c. STJ decline as razões de fato e de direito que lhe permitiram concluir que “tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento, no sentido de que (a) as sanções por improbidade devem ser proporcionais ao ato ímprobo”, uma vez que o acórdão embargado estaria em consonância com os paradigmas se estivesse assentado no entendimento de que há desproporcionalidade na aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos nos casos em que não há dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

O que se busca é uma igualdade proporcional porque não se podem tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais: “o raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”.

Assim, necessário que o acórdão embargado evidencie como seu entendimento seria compatível com o princípio da isonomia garantido pelo *caput* do art. 5º da CF/88, tendo em vista que situações idênticas terão a resolução da lide de forma distinta.

Afinal, como esse c. STJ reconheceu, “tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento, no sentido de que (a) as sanções por improbidade devem ser proporcionais ao ato ímprobo”.

No entanto, os acórdãos paradigmas exigem a gravidade da conduta para que a pena de suspensão dos direitos políticos seja considerada proporcional quanto ao ilícito praticado.

Não se pode entender que a prática do ilícito praticado no presente caso, em que houve mera pintura dos bens públicos com as cores de campanha política com reconhecida ausência de dano ao erário, seja igualada a situações muito mais graves em que há prejuízo aos cofres públicos.

O princípio da isonomia garantido tanto pelo *caput* do art. 5º da CF/88 expressa a repercussão da igualdade e pressupõe que as situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Em suma, os desiguais devem ser tratados desigualmente, a partir do que disposto expressamente na norma de regência, sob pena de se afastar a eficácia da norma, o que não foi enfrentado pelo acórdão recorrido, resultando em flagrante omissão sobre o *caput* do art. 5º

e ao inciso V 6 do art. 15 da CF/88, bem como sobre os princípios constitucionais da legalidade, igualdade, moralidade e razoabilidade previstos no *caput* do art. 37 e ao seu §4º, também da CF/88.

Como já dito, o acórdão embargado não especificou como sua conclusão estaria de acordo com o *caput* do art. 5º, o inciso V do art. 15 e o art. 37, *caput* e §4º, todos da CF/88, justamente por não observar que a norma constitucional prevê que apenas aqueles casos muito graves que resultam em dano ao erário e enriquecimento ilícito ensejam a suspensão dos direitos políticos, o que não é o caso do ora embargante.

Desse modo, o acórdão ora embargado é omissivo à luz dos incisos II, IV, V e VI do §1º do art. 489 c/c art. 1.022, ambos do CPC.

Isso porque além de não enfrentar todos os argumentos deduzidos nos embargos de divergência e no agravo interno, afirma que “tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento” sem demonstrar que o presente caso se ajusta aos referidos paradigmas, uma vez que não houve dano ao erário ou enriquecimento ilícito e, portanto, a pena de suspensão dos direitos políticos é desproporcional.

Com a devida vênia, não sendo essas questões suscitadas dirimidas fundamentadamente, não há análise motivada, expressa e congruente da controvérsia, ocorrendo, por conseguinte, a negativa da prestação jurisdicional então requerida, o que impõe o acolhimento do presente recurso quanto a esses pontos que têm total relevância para o deslinde da controvérsia (fls. 1.123/1.126e).

Por fim, requer “sejam afastadas as omissões apontadas, o que consequentemente implicará na concessão de efeitos infringentes para reconhecer a divergência jurisprudencial, ajustando-se o entendimento do c. Corte Superior sobre o tema, no sentido de que a pena de suspensão dos direitos políticos deve ser aplicada apenas quanto aos atos ímprobos que resultam em dano ao erário ou enriquecimento ilícito, razão pela qual requer seja intimado o embargado para, querendo, apresentar a devida impugnação” (fl. 1.127e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA apresentou impugnação aos Embargos de Declaração, requerendo a imposição da “multa prevista no art. 1.026, §2º, do NCPC, tendo em vista o manifesto intuito protelatório do recurso” (fls. 1.134/1.139e).

É o relatório.

EDcl no AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.573.264 / PB (2015/0301115-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): De início, seja à luz do art. 535 do CPC/73, ou nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, os Embargos de Declaração são cabíveis para “esclarecer obscuridade ou eliminar contradição”, “suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento” e “corrigir erro material”.

Na lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício (...), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de condenações em despesas processuais e honorários advocatícios (art. 20), ou de sanção que se devesse impor (por exemplo, as previstas no art. 488, nº II, e no art. 529)”. (*in: Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V. Forense, 7ª edição, p.539)

Constata-se a contradição quando, no contexto do acórdão, estão contidas proposições inconciliáveis entre si, dificultando-lhe a compreensão.

Assim, a contradição que rende ensejo à oposição de Embargos de Declaração é aquela interna do julgado, cumprindo trazer à luz o entendimento de PONTES DE MIRANDA acerca do tema, *in verbis*:

A contradição há de ser entre enunciados do acórdão, mesmo se o enunciado for de fundamento e outro for de conclusão, ou entre a ementa e o acórdão, ou entre o que vitoriosamente se decidira na votação e o teor do acórdão, discordância cuja existência se pode provar com os votos vencedores, ou a ata, ou outros dados. (*in: Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VII, 3ª edição. Forense, 1999, p.322)

Para ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, “a rigor, há de se entender que o erro material é aquele que consiste em simples *lapsus linguae aut calami*, ou de mera distração do juiz, reconhecível à primeira vista. Sempre que o suposto erro constitui o resultado consciente da aplicação de um critério ou de uma apreciação do juiz, ainda que inócua, não haverá erro material no sentido que a expressão é usada pela disposição em exame, de modo que sua eventual correção deve ser feita por outra forma, notadamente pela via recursal”. (*in: Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Volume IV, p.301) Na mesma linha, o escólio de EDUARDO

TALAMINI: “O erro material reside na *expressão* do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Trata-se de uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao *conteúdo do julgamento* – podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado”. (*in: Coisa Julgada e sua Revisão*, RT, 2005, p.527)

A obscuridade, por sua vez, verifica-se quando há evidente dificuldade na compreensão do julgado. Ocorre quando há a falta de clareza do *decisum*, daí resultando a ininteligibilidade da questão decidida pelo órgão judicial. Em última análise, ocorre a obscuridade quando a decisão, no tocante a alguma questão importante, soluciona-a de modo incompreensível. É o que leciona VICENTE GRECO FILHO:

A obscuridade é o defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos. Há obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade da sentença como os demais defeitos corrigíveis por meio de embargos de declaração prejudicando a inteligência da sentença prejudicará a sua futura execução.

A dúvida é o estado de incerteza que resulta da obscuridade. A sentença claramente redigida não pode gerar dúvida. (*in: Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, p.241)

Infere-se, portanto, que, não obstante a orientação acerca da natureza recursal dos Declaratórios, singularmente, não se prestam ao reexame da lide, mediante o reexame de matéria já decidida, mas apenas à elucidação ou ao aperfeiçoamento do *decisum*, em casos, justamente, nos quais eivado de obscuridade, contradição, omissão ou erro material. Não têm, pois, em regra, caráter substitutivo ou modificativo, mas aclaratório ou integrativo.

In casu, quanto ao cerne do inconformismo recursal, ao contrário do que pretende fazer crer a parte embargante, o acórdão está suficientemente fundamentado, no sentido de que:

Com efeito, conforme destacado na decisão agravada, no que se refere às sanções impostas ao ora agravante, a Primeira Turma do STJ, no acórdão embargado, assim decidiu a causa:

No que toca aos demais pontos do recurso, submeto ao beneplácito da eg. Primeira Turma o teor da decisão recorrida:

No que toca ao suposto erro de fato e à fixação das penalidades, não há que se cogitar em violação

ao art. 535, II, do CPC/1973 se todas as questões necessárias ao desate da matéria foram examinadas e decididas, ainda que em desacordo com o pleito da parte recorrente, como ocorreu no presente caso. Para tanto, reporto-me à fundamentação consignada às fls. 465/467 (e-STJ).

(...)

No caso, o TJ/PB, ao analisar a questão, reconheceu a prática consciente de ato ímprobo consubstanciado na padronização, pelo recorrente, de bens públicos com as cores de sua campanha política, em flagrante violação a princípios da Administração Pública, notadamente os da impessoalidade e moralidade. A propósito, vale transcrever os seguintes fundamentos:

(...)

Não é demais registrar que a questão foi decidida à luz do suporte fático-probatório, cuja revisão esbarra no óbice estampado na Súmula 7 do STJ. É que a desconstituição de tais posições, na forma pretendida pelo recorrente, demandaria indubiosamente o reexame de provas, o que é inviável na via do recurso especial.

Com relação à violação do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, registre-se que esta Corte consolidou o entendimento de que é viável a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

Nesse sentido:

(...)

No caso concreto, tenho que a imposição cumulativa das penas, na moldura delineada na legislação de regência – consistente na suspensão dos direitos políticos no mínimo legal (3 anos), pagamento de multa civil de 2 (duas) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente, de um total possível de 100, e a proibição de contratar com o Poder Público por 3 anos (sanção fixa para a hipótese do art. 11 da LIA), além da obrigação de

repintar os móveis e imóveis com as cores da campanha eleitoral –, afigura-se proporcional à prática do ato ímprobo apontado, mormente considerando que a “publicidade no intuito de promoção pessoal importa em grave ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, que, entre outros, informam a boa administração”, conforme ressaltado na origem.

Diante do exposto, nos termos do art. 255, §4º, II, do RISTJ, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso especial.

Assim sendo, é de rigor a manutenção da decisão atacada (fls. 753/756e).

Ou seja, a Primeira Turma, no acórdão embargado, concluiu que, não obstante seja “viável a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa”, no caso, as sanções impostas ao ora agravante seriam proporcionais “à prática do ato ímprobo apontado, mormente considerando que a publicidade no intuito de promoção pessoal importa em grave ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, que, entre outros, informam a boa administração”, conforme ressaltado na origem.

Na petição de Embargos de Divergência, o ora agravante sustenta que o acórdão embargado teria divergido do entendimento adotado pela (a) Segunda Turma, no julgamento do AgRg no AREsp 11.146/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, (b) Segunda Turma, no julgamento do AgRg no AREsp nº 26.554/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA; (c) Primeira Turma, no julgamento do REsp nº 875.425/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA; e (d) Primeira Turma, no julgamento do REsp nº 1.130.198/RR, Rel. Ministro LUIZ FUX.

No primeiro acórdão paradigma, a Segunda Turma, no julgamento do AgRg no AREsp 11.146/RS, Relator o Ministro HUMBERTO MARTINS, decidiu que:

Conforme se extrai da simples leitura do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, na fixação das penas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Assim, na aplicação das penalidades é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas de maneira cumulativa ou não.

A propósito, esse é o entendimento pacífico da jurisprudência do STJ, como demonstram as ementas dos seguintes julgados:

In casu, com base no conjunto fático-probatório delimitado pelo Tribunal de origem – o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ –, este manteve as sanções aplicadas na sentença, alegando não haver necessidade de cumulação de todas as penas previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, como se extrai do seguinte trecho do acórdão (e-STJ fls. 817/819):

(...)

Na espécie, considerando os fatos apontados, entendo que a aplicação da sanção ocorreu de forma fundamentada e razoável.

Ademais, a jurisprudência desta Corte é pacífica ao determinar que a aplicação da sanção de suspensão de direitos políticos é aplicável tão somente, em casos graves.

(...)

Portanto, não há falar em violação da Lei nº 8.429/92, por estar o acórdão recorrido em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No segundo aresto indicado como paradigma, a Segunda Turma, no julgamento do AgRg no AREsp 26.554/MS, Relator o Ministro CASTRO MEIRA, entendeu que:

Dessa forma, discordo da manutenção do acórdão atacado, tendo em vista a premissa fática nele contida de que, malgrado haja prova colhida em juízo acerca do uso indevido do veículo pertencente ao Conselho Tutelar, foi acostado aos autos “Registro de Decisão Colegiada onde o Conselho Tutelar de Borborema afirma que o veículo era utilizado tão somente para as atribuições do Conselho Tutelar” (e-STJ fls. 242-243).

Portanto, para restabelecer a ordem jurídica, entende ser suficiente a aplicação de multa civil no valor de uma remuneração mensal percebida pelo agente público à época do ato praticado, sendo absolutamente desarrazoada a suspensão dos direitos políticos por oito anos e a não contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios ou incentivos pelo prazo de dez anos.

Já no terceiro julgado, indicado como paradigma, a Primeira Turma, no julgamento do REsp 875.425/RJ, Relatora a Ministra DENISE ARRUDA, decidiu que:

No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra Danilo de Almeida Lobo e Ary Ribeiro Guimarães (respectivamente, ex-Presidente e ex-Diretor de Administração da Casa da Moeda), com fundamento no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, em face de supostas irregularidades em contratos firmados sem a realização de processo licitatório. Por ocasião da sentença, o magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido da referida ação para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar os requeridos, com base no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

(...)

Por sua vez, as sanções por ato de improbidade administrativa contidas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92 são: multa civil, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, perda da função pública, ressarcimento integral do dano e perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Todavia, a aplicação das penalidades previstas no referido artigo exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92).

Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa. Sobre o tema, a lição de Marino Pazzagli Filho (*Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p.152/154):

(...)

No caso dos autos, os récorrentes foram condenados na sentença ao pagamento de multa civil “correspondente a cinco vezes o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que

eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Réus de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos” (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte *a quo*.

Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes.

Por fim, no último acórdão indicado como paradigma, a Primeira Turma, no julgamento do REsp nº 1.130.198/RR, Relator o Ministro LUIZ FUX, decidiu que:

Quanto à alegação de desproporcionalidade na determinação das penas aplicadas ao agente, o recurso merece prosperar.

O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em julgamento da apelação interposta, decidiu por manter a sentença de primeiro grau em sua totalidade, que aplicou ao agente as seguintes penas: a) ressarcimento integral do dano; b) perda da função pública; c) suspensão de direitos políticos por 8 (oito) anos; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, pelo prazo de 10 (dez) anos; e) pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial do agente, *litteris* (sentença de fls. 223/243):

(...)

Sobre o *thema decidendum*, sobreleva notar, a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *in: Improbidade Administrativa* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.404-409), de que, muito embora a regra geral da norma inscrita no artigo 12, da Lei nº 8.429/92, seja a aplicação cumulativa das penalidades nele descritas, há casos em que o julgador possui discricionariedade para aplicá-las, simultaneamente, com a exemplaridade e a proporcionalidade com o dano ocasionado pela conduta do agente ímprobo, *litteris*:

(...)

Consectariamente, para que a penalidade aplicada ao agente ímprobo obedeça ao máximo ao Princípio da Proporcionalidade, necessário se faz a observância dos seguintes tópicos: a) a lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente ímprobo; b) o elemento volitivo – se o ilícito foi praticado por dolo ou culpa; c) a consecução do interesse público; d) a finalidade da norma sancionadora.

Destarte, o artigo 12, III da Lei de Improbidade Administrativa prevê certa dosimetria da sanção, porquanto possibilita ao julgador, observando os elementos fáticos supra enumerados, adequar, de forma exemplar, a reprimenda a ser aplicada ao agente ímprobo aos fins da norma sancionadora.

O E. STJ preconiza essa proporcionalidade consoante se constata dos julgados *verbis*:

(...)

In casu, a desproporcionalidade das penas de perda da função pública e suspensão de direitos políticos por 8 (oito) anos, aplicadas ao condenado, é manifesta, mercê de evidente a desobediência ao princípio da razoabilidade, circunstância que, por si só, viola o disposto no artigo 12, parágrafo único da Lei nº 8.429/92, verificável independentemente da análise de fatos e provas constantes dos autos.

Destarte, independente do reexame de matéria fático-probatória, insindicável em sede de recurso especial, pelo E. STJ, ante a incidência do verbete sumular nº 07/STJ, revela-se evidente a excessividade das penas aplicadas aos recorrentes, com notória infração ao artigo 12, parágrafo único da Lei nº 8.429/92.

Nesse contexto, não há a divergência apontada pelo embargante, quanto ao direito federal aplicável, pois tanto o acórdão embargado, quanto os arestos paradigmas, adotaram o mesmo posicionamento, no sentido de que (a) as sanções por improbidade devem ser proporcionais

ao ato ímprobo; e (b) é possível, em Recurso Especial, a revisão das sanções impostas pela prática de ato de improbidade administrativa, quando fixadas de forma desproporcional.

O que há é a irrisignação do agravante, quanto à conclusão adotada pelo acórdão da Primeira Turma do STJ, no sentido de que, no caso, as sanções a ele impostas seriam proporcionais “à prática do ato ímprobo apontado, mormente considerando que a ‘publicidade no intuito de promoção pessoal importa em grave ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, que, entre outros, informam a boa administração’, conforme ressaltado na origem”.

Assim, o agravante pretende, na verdade, o rejuízo da causa, para que seja realizado novo exame da gravidade dos atos ímprobos por ele praticados, com consequente adequação das sanções impostas.

Ocorre que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos de divergência não servem para rejuízo o apelo especial, mas, sim, consubstanciam-se em recurso destinado a uniformizar a jurisprudência deste Tribunal quando verificada a ocorrência de entendimentos diversos quanto ao direito federal em tela” (STJ, AgRg nos EREsp nº 1.155.859/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/08/2014).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. SÚMULA 315/STJ. INCIDÊNCIA.

1. O agravante sustenta diversas nulidades que seriam matéria de ordem pública e deveriam ser conhecidas. Todavia, o acórdão embargando apenas não conheceu da insurgência em razão da intempestividade do agravo regimental.

2. Denota-se, portanto, que a divergência não ficou configurada e que tal questão das nulidades não foi analisada pelo aresto embargado. Não é demais lembrar, os embargos de divergência caracterizam-se como recurso de fundamentação vinculada. Logo, o confronto das teses deve observar o que foi decidido pelo acórdão embargado, até porque não é possível rejuízo o recurso especial em sede de embargos de divergência.

3. Portanto, é o caso de aplicação da Súmula 315/STJ: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EAREsp 319.442/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 02/02/2015).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS DE CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL.

1. É imprópria a discussão, em sede de embargos de divergência, do acerto ou desacerto na análise dos pressupostos de conhecimento de recurso especial, como é, entre outras, aquela relativa à não configuração do suposto dissídio pretoriano.

2. *Não cabem embargos de divergência quando a parte indica como paradigma o mesmo aresto que fundamentou o recurso especial pela alínea c, não conhecido por ausência de similitude fática. Conclusão diversa importaria em rejulgar o recurso especial quanto ao seu conhecimento.*

3. Embargos de divergência não conhecidos (STJ, EREsp 711.101/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe de 05/02/2009).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. MULTA COMINATÓRIA. REDUÇÃO DO VALOR TIDO POR EXAGERADO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte considera que, em situações excepcionais de claro exagero ou modicidade nos valores fixados, é possível modificar o valor da multa fixada em recurso especial, sempre com fundamento em critérios de proporcionalidade e razoabilidade (REsp nº 973.879/BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 9/11/2009; REsp nº 1.060.293/RS, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, DJe de 18/3/2010).

2. *Os embargos de divergência não se prestam a revisar julgamento do recurso especial, mas a compor eventual dissídio jurisprudencial.*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg nos EREsp 1.393.469/RN, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 19/02/2015).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTEGRATIVO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

2. “Para que se configure o dissídio jurisprudencial é indispensável que os julgados confrontados revelem soluções jurídicas distintas extraídas das mesmas premissas fáticas” (AgRg nos EREsp 1.274.495/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 05/06/2013).

3. *A pretensão de reforma da pena que foi imposta ora embargante não é adequada à via dos embargos de divergência, seja porque as conclusões dos acórdãos paradigmas e do acórdão embargado são intimamente vinculadas às peculiaridades fático-probatórias de cada caso, de tal sorte que não se verifica divergência de entendimento tão somente em razão de distintos juízos a respeito da proporcionalidade da pena, mormente porque distintas as situações fático-jurídicas, seja porque os embargos de divergência não servem ao rejugamento do recurso. A respeito: EAg 1298040/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 12/08/2013).*

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, não provido (STJ, EDcl nos EREsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/10/2013).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE.

Diferentemente das instâncias ordinárias, em que o trabalho do juiz consiste em identificar no litígio os fatos que o distinguem dos demais, para que tanto quanto possível a lei seja aplicada sob um viés circunstanciado, na instância especial o julgamento é inspirado pela uniformização.

Os embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem casos idênticos ou assemelhados tais como dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma.

Em função disso, o conhecimento dos embargos de divergência está sujeito a duas regras:

(a) a de que o acórdão impugnado e aquele indicado como paradigma discrepem a respeito do desate da mesma questão de direito, sendo indispensável para esse efeito a identificação do que neles foi a razão de decidir;

(b) a de que esse exame se dê a partir da comparação de um e de outro acórdão, nada importando os erros ou acertos dos julgamentos anteriores (inclusive, portanto, os do julgamento do recurso especial), *porque os embargos de divergência não constituem uma instância de releitura do processo.*

No âmbito dos embargos de divergência não se rejulga o recurso especial. O respectivo acórdão é simplesmente confrontado com um ou mais julgados com a finalidade de harmonizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Embargos de divergência não conhecidos. (STJ, EAg 1.298.040/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/08/2013) (fls. 1.101/1.110e)

Admite o próprio embargante, nas razões dos Embargos de Declaração, não ser “o tema de fundo do acórdão ora embargado (improbidade por promoção pessoal advinda da pintura de prédios públicos com as cores de campanha) (...) exatamente idêntico aos dos paradigmas” (fl. 1.123e).

Demonstrou o acórdão ora embargado que, na forma da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a “pretensão de reforma da pena que foi imposta ao ora embargante não é adequada à via dos embargos de divergência, seja porque as conclusões dos acórdãos paradigmas e do acórdão embargado são intimamente vinculadas às peculiaridades fático-probatórias de cada caso, de tal sorte que não se verifica divergência de entendimento tão somente em razão de distintos juízos a respeito da proporcionalidade da pena, mormente porque distintas as situações fático-jurídicas, seja porque os embargos de divergência não servem ao rejuízo do recurso” (STJ, EDcl nos EREsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/10/2013).

Alega o ora embargante que há, no acórdão embargado, omissão a respeito de dispositivos e princípios constitucionais, segundo os quais “apenas aqueles casos muito graves que resultam em dano ao erário e enriquecimento ilícito ensejam a suspensão dos direitos políticos, o que não é o caso do ora embargante” (fl. 1.126e).

No entanto, conforme transcrições feitas no acórdão ora embargado, a Primeira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial, não obstante tenha

entendido ser “viável a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas”, concluiu que, no caso, as sanções impostas ao embargante seriam proporcionais “à prática do ato ímprobo apontado, mormente considerando que a ‘publicidade no intuito de promoção pessoal importa em grave ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, que, entre outros, informam a boa administração’, conforme ressaltado na origem” (fls. 1.089e e 1.091e).

Assim, o acolhimento da pretensão do embargante – no sentido de que o ato que lhe fora imputado não seria grave o suficiente para a imposição da pena de suspensão dos direitos políticos – implicaria o rejuízo do seu Recurso Especial, com a análise das circunstâncias fáticas da causa, o que, como visto, é inviável, em Embargos de Divergência.

Diante desse contexto, observa-se que não há qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material perpetrado pelo acórdão embargado, revelando-se, assim, o nítido propósito de reexame da matéria.

Deve-se ressaltar que, seja à luz do CPC/73 ou do CPC vigente, os Embargos de Declaração não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO STJ Nº 12/2009. OMISSÃO. ACOLHIMENTO.

1. *Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado.*

2. Embargos declaratórios acolhidos sem efeitos infringentes (STJ, EDcl nos EDcl na Rcl 28.977/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 11/03/2016).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Os embargos de declaração apenas são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido, admitindo-se também esse recurso para se corrigirem eventuais erros materiais constantes do pronunciamento jurisdicional.*

2. *No caso, está evidenciado o intuito do embargante em rediscutir a matéria já integralmente decidida pelo órgão judicial recorrido, o que não se admite nos estreitos limites do art. 535 do CPC.*

3. Embargos de declaração rejeitados [STJ, EDcl no AgRg nos EAREsp 540.453/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/03/2016].

Ademais, consoante pacífica jurisprudência do STJ, não lhe cabe o exame de suposta ofensa a princípios e dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Por fim, não deve ser acolhido o requerimento para que seja imposta a multa, prevista no §2º do art. 1.026 do CPC/2015, eis que o mero inconformismo com a decisão embargada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurado o caráter manifestamente protelatório dos Embargos de Declaração.

Pelo exposto, à míngua de vícios, *rejeito* os Embargos Declaratórios.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

EDcl no AgInt nos EREsp nº 1.573.264 / PB

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2015/0301115-5

Números Origem: 00008451220118150371 8451220118150371

PAUTA: 22/02/2018

JULGADO: 22/02/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: FABIO TYRONE BRAGA DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: JOHN JOHNSON GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES - PB001663

EDWARD JOHNSON GONÇALVES DE ABRANTES - PB010827

ADVOGADA: GABRIELA ROLLEMBERG E OUTRO(S) - DF025157

ADVOGADA: FLAVIA STELLA CARDOSO - DF032803

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: FABIO TYRONE BRAGA DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: JOHN JOHNSON GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES - PB001663

EDWARD JOHNSON GONÇALVES DE ABRANTES - PB010827

ADVOGADA: GABRIELA ROLLEMBERG E OUTRO(S) - DF025157

ADVOGADA: FLAVIA STELLA CARDOSO - DF032803

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



Detalhe da imagem da capa

The background of the cover is a painting. Two thick, braided red ropes run vertically down the center. The background features a ship's sails in shades of white and light blue, a blue sky with white clouds, and a red bird in flight on the left. At the bottom, there are dark green leaves and red berries.

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

CASO “CINCO APOSENTADOS” VS. PERU

Sentença de 28 de fevereiro de 2003
(Mérito, Reparações e Custas)

No caso “Cinco Aposentados”,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte”, “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:¹

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;

Sergio García Ramírez, Vice-Presidente;

Hernán Salgado Pesantes, Juiz;

Oliver Jackman, Juiz;

Alirio Abreu Burelli, Juiz;

Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juiz; e

Javier de Belaunde López de Romaña, Juiz *ad hoc*;

presentes, ademais,

Manuel E. Ventura Robles, Secretário, e

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário Adjunto,

em conformidade com os artigos 29, 55, 56 e 57 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”)² e com o artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”), profere a presente Sentença.

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA

1. Em 4 de dezembro de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) submeteu à Corte uma demanda contra o Estado do Peru (doravante denominado “o Estado” ou “o Peru”), a qual teve origem na denúncia nº 12.034, recebida na Secretaria da Comissão em 1º de fevereiro de 1998.

2. A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 51 da Convenção Americana, com o fim de que a Corte decidisse se o Estado violou os artigos 21 (Direito

¹ O Juiz Máximo Pacheco Gómez informou à Corte que, por motivos de força maior, não poderia estar presente no LVIII Período Ordinário de Sessões do Tribunal, de maneira que não participou na deliberação e assinatura da presente Sentença.

² De acordo com a Resolução da Corte de 13 de março de 2001, sobre Disposições Transitórias ao Regulamento da Corte adotado por meio da Resolução de 24 de novembro de 2000, a presente Sentença é proferida nos termos do Regulamento de 2000, o qual entrou em vigor em 1º de junho de 2001.

à Propriedade Privada), 25 (Proteção Judicial) e 26 (Desenvolvimento Progressivo) da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) deste tratado, devido à modificação no regime de pensões que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra (doravante denominados “as supostas vítimas”, “os cinco aposentados” ou “os aposentados”) vinham desfrutando conforme a legislação peruana até 1992, e pelo descumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru “que ordenaram aos órgãos do Estado peruano pagar aos aposentados uma pensão calculada da maneira estabelecida na legislação vigente no momento em que eles começaram a desfrutar de um determinado regime de aposentadoria”.

3. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado a concessão de uma compensação pelo dano moral causado às supostas vítimas, e que cumprisse o disposto nas sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru de 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro, e 10 de outubro, todas de 1994, e também as proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru em 9 de julho de 1998, 3 de agosto e 21 de dezembro, ambas de 2000, de maneira que as supostas vítimas e seus familiares recebessem as diferenças que foram deixadas de pagar no valor de suas aposentadorias a partir de novembro de 1992 e acrescidos dos respectivos juros, bem como que o Estado continuasse pagando um montante nivelado de suas aposentadorias. Ademais, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que derogue e faça cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792, de 23 de outubro de 1992. Finalmente, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que investigue os fatos, estabeleça as responsabilidades pela violação dos direitos humanos cometida no presente caso, e condene o Estado a pagar as custas e os gastos produzidos na tramitação do caso na jurisdição interna e perante o Sistema Interamericano.

II COMPETÊNCIA

4. O Peru é Estado Parte na Convenção Americana desde 28 de julho de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 21 de janeiro de 1981. Portanto, a Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção.

III PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

5. Em 1º de fevereiro de 1998, os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez, e Sara Castro, viúva do senhor Gamarra, bem como o Programa de Direitos Humanos do Centro

de Assessoria Laboral do Peru (doravante denominado "CEDAL") e a Associação Pró Direitos Humanos (doravante denominada "APRODEH"), apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana. Esta denúncia foi ampliada em 3 de junho de 1998 por estas últimas duas organizações.

6. Em 16 de julho de 1998, a Comissão procedeu a abrir o caso sob o nº 12.034.

7. Em 27 de setembro de 1999, a Comissão aprovou o Relatório nº 89/99, mediante o qual declarou admissível o caso e, em 18 de outubro de 1999, colocou-se à disposição das partes com o objetivo de alcançar uma solução amistosa.

8. Em 5 de março de 2001, a Comissão, de acordo com o artigo 50 da Convenção, aprovou o Relatório nº 23/01, mediante o qual recomendou ao Estado:

1. Reparar adequadamente os senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e os familiares do senhor Gamarra Ferreyra, nos termos do artigo 63 da Convenção Americana, incluindo tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de seus direitos humanos e, em particular,

2. Pagar imediatamente aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e aos familiares do senhor Gamarra Ferreyra, a diferença no valor das aposentadorias niveladas que foram deixadas de pagar a partir de novembro de 1992 até a presente data. Para calcular esta diferença o Estado deverá tomar em conta o valor das aposentadorias que havia pago, em comparação com o valor das aposentadorias que lhes deveria pagar, com base, como explicado anteriormente, no direito adquirido das vítimas a receber uma pensão de aposentadoria nivelada progressivamente à remuneração do titular em atividade da Superintendência de Bancos e Seguros que tenha ocupado o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam os mencionados senhores na data de sua aposentadoria.

3. Em seguida, pagar aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e aos familiares do senhor Gamarra Ferreyra uma aposentadoria nivelada, calculada de acordo com os parâmetros com os quais vinha fazendo até agosto de 1992, isto é, de maneira nivelada progressivamente à remuneração do titular em atividade da Superintendência de Bancos e Seguros que tenha ocupado o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam os mencionados senhores na data de sua aposentadoria.

4. Derrogar e fazer cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5º do Decreto Lei nº 25.792, de 23 de outubro de 1992.

5. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos com o objetivo de estabelecer as responsabilidades pelo descumprimento das mencionadas sentenças proferidas em 1994 pela Corte Suprema de Justiça do Peru e em julho de 1998 pelo Tribunal Constitucional, e que pela via dos processos penais, administrativos e de outra índole que venham a ser realizados, sejam aplicadas aos responsáveis as sanções pertinentes, adequadas à gravidade das violações mencionadas.

9. Em 9 de março de 2001, a Comissão transmitiu o relatório anteriormente indicado ao Estado e concedeu um prazo de dois meses para cumprir as recomendações realizadas. Em 31 de maio de 2001, o Estado solicitou uma prorrogação de prazo de quatro meses, contada a partir desse mesmo dia, com o objetivo de cumprir as recomendações formuladas; esta foi concedida. Em 14 de maio e em 10 e 27 de setembro de 2001, o Estado informou à Comissão sobre as ações que estava efetuando com o propósito de cumprir as referidas recomendações.

10. Em 1º de outubro de 2001, o Estado solicitou à Comissão uma nova prorrogação de dois meses para cumprir as recomendações, a qual foi concedida no dia seguinte, contada a partir de 1º de outubro de 2001.

11. Mediante escrito de 11 de outubro de 2001, o CEDAL afirmou que incorporava o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado "CEJIL") como copeticionário neste caso.

12. Em 3 de dezembro de 2001, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte.

IV PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

13. A Comissão apresentou a demanda perante a Corte em 4 de dezembro de 2001.

14. De acordo com o artigo 22 do Regulamento, a Comissão designou como delegados os senhores Hélio Bicudo e Santiago Cantón, e como assessores jurídicos os senhores Ignacio Álvarez e Ariel Dulitzky. Assim mesmo, de acordo com o artigo 33 do Regulamento, a Comissão indicou o nome e o endereço das supostas vítimas e informou que estas seriam representadas pelo senhor Javier Mujica Petit, do CEDAL, e pela senhora María Clara Galvis, do CEJIL.

15. Em 11 de janeiro de 2002, a Secretaria da Corte (doravante denominada "a Secretaria"), seguindo instruções do Presidente da Corte (doravante denominado "o Presidente"), e de acordo com o artigo 34 do Regulamento, solicitou à Comissão que remetesse, no prazo de 20 dias, determinados anexos da demanda que se encontravam incompletos ou ilegíveis. Em 4 de fevereiro de 2002, a Comissão apresentou os anexos indicados.

16. Em 17 de janeiro de 2002, a Secretaria, depois de um exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente, a notificou ao Estado juntamente com seus anexos, e lhe informou sobre os prazos para contestá-la e nomear sua representação no processo. Ademais, nesse mesmo dia a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o disposto no artigo 18 do Regulamento e no artigo 10 do Estatuto da Corte, informou ao Estado sobre seu direito a designar um juiz *ad hoc* para que participasse na consideração do presente caso. Igualmente, nessa mesma data, de acordo com o disposto nos artigos 35.4 e 35.1.e) do Regulamento, a demanda foi notificada aos representantes das supostas vítimas e seus familiares, CEDAL e CEJIL, nas pessoas de Javier Mujica Petit e María Clara Galvis, respectivamente, para que apresentassem o escrito de petições, argumentos e provas. Finalmente, de acordo com o artigo 35.1.d) do Regulamento, a demanda foi notificada ao primeiro peticionário, senhor Francisco Soberón, Diretor Geral da Associação Pró Direitos Humanos (APRODEH).

17. Em 14 de fevereiro de 2002, o Estado apresentou uma comunicação, mediante a qual informou que havia designado o senhor Javier de Belaunde López de Romaña como Juiz *ad hoc* e o senhor Fernando Elías Mantero como Agente.

18. Em 14 de fevereiro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram um escrito, no qual solicitaram uma prorrogação de 20 dias para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas (art. 35.4 do Regulamento). No dia seguinte, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou aos representantes que a prorrogação de prazo havia sido concedida até 4 de março de 2002.

19. Em 1º de março de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou às partes que havia procedido a mudar o nome do caso "Torres Benvenuto e outros" para "Cinco Aposentados".

20. Em 5 de março de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram, via fax, o escrito de petições, argumentos e provas. Do mesmo modo, no dia 8 de março do mesmo ano, apresentaram o escrito original, ao qual incorporaram seus anexos, exceto o primeiro e o quinto.

21. Em 15 de março de 2002, o Peru apresentou seu escrito de contestação à demanda, e em 18 de abril de 2002 remeteu os anexos correspondentes a este escrito. Entretanto, algumas folhas dos anexos 8 e 9 da mencionada contestação se encontravam ilegíveis.

22. Em 20 de março de 2002, a Secretaria transmitiu o escrito de petições, argumentos e provas ao Estado e à Comissão e indicou que quando os anexos pendentes (par. 20 *supra*) fossem recebidos na Secretaria, seriam então transmitidos às outras partes. Ademais, seguindo instruções do Presidente, foi concedido um prazo improrrogável de 30 dias para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes.

23. Em 18 de abril de 2002, a Secretaria remeteu a contestação da demanda à Comissão, aos representantes das supostas vítimas e seus familiares e ao peticionário original, e lhes indicou que quando as folhas pendentes (par. 21 *supra*) fossem recebidas na Secretaria, lhes seriam transmitidas.

24. Em 22 de abril de 2002, o Estado apresentou suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Posteriormente, no dia 30 de abril de 2002, o Peru apresentou o escrito original com seus respectivos anexos.

25. Em 22 de abril de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram cópia das procurações no processo perante a Corte, outorgadas pelos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Sara Castro, viúva do senhor Gamarra, a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.

26. Em 22 de abril de 2002, a Comissão remeteu suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Assim mesmo, a Comissão informou que a Comissária Marta Altolaquirre também atuaria como delegada no presente caso, e assinalou que recebeu informação segundo a qual o Estado havia “derrogado os efeitos do artigo 5º do Decreto Lei nº 25.792” e havia dado cumprimento ao ordenado nas sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru, e acrescentou que “[e]ste cumprimento [era] um dos pontos fundamentais do objeto da [...] demanda”.

27. Em 3 de maio de 2002, o CEDAL apresentou um escrito mediante o qual solicitou a substituição do testemunho do senhor Jorge Santistevan de Noriega pela declaração testemunhal do senhor Walter Albán Peralta; remeteu cópia do anexo quinto do escrito de petições, argumentos e provas, o qual havia sido solicitado pela Secretaria por encontrar-se ilegível (par. 20 *supra*), e anexou as procurações originais outorgadas pelas supostas vítimas a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis (par. 25 *supra*). Seguindo instruções do Presidente, em 6 de maio de 2002, a Secretaria informou ao Estado e à Comissão que lhes concedia um prazo até 24 de maio de 2002 para que formulassem as observações que considerassem pertinentes em relação ao pedido de substituição da testemunha Jorge Santistevan de Noriega.

28. Em 21 de maio de 2002, a Comissão, de acordo com o artigo 36.4 do Regulamento, apresentou um escrito de alegações “sobre a eventual exceção preliminar que poderia ser considerada como interposta pelo Ilustre Estado do Peru [...] em seu escrito de contestação à demanda”. Neste mesmo dia os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito sobre esse mesmo assunto. Em 28 de maio de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram o escrito original, ao qual incorporaram o anexo indicado neste documento.

29. Em 22 de maio de 2002, o Estado apresentou suas observações sobre o pedido de substituição da testemunha Jorge Santistevan de Noriega (par. 27 *supra*) e sobre as procurações apresentadas pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (pars. 25 e 27 *supra*), nas quais afirmou certas irregularidades. Neste mesmo dia o Peru apresentou outro escrito, por meio do qual se referiu à informação exposta pela Comissão (par. 26 *supra*) em relação ao cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru e a derrogação do artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792. Em 1º de julho de 2002, o Peru apresentou as versões originais dos escritos anteriores.

30. Em 24 de maio de 2002, a Secretaria concedeu ao Estado um prazo de 30 dias para que, em atenção ao solicitado pela Comissão em seu escrito de demanda, apresentasse informação sobre o valor da pensão mensal que havia pago aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, ou a seus familiares, a partir de novembro de 1992; e o valor do salário recebido, a partir de novembro de 1992, pelas pessoas que ocupavam os seguintes cargos, ou cargos com funções similares, na Superintendência de Bancos e Seguros (doravante denominada "a SBS" ou "a Superintendência"):

- a) Diretor Geral de Comunicações (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Carlos Torres Benvenuto);
- b) Gerente Geral de Créditos da Superintendência de Bancos e Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro);
- c) Assessor Administrativo da Alta Diretoria (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández);
- d) Assessor Técnico da Superintendência Adjunta de Entidades Especializadas em Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Reymert Bartra Vásquez); e
- e) Superintendente de Bancos e Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra).

31. Em 24 de maio de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, solicitou aos representantes das supostas vítimas e seus familiares que esclarecessem a informação do Estado em relação às procurações outorgadas pelos senhores Javier Mujica Ruiz- Huidobro, Carlos Torres Benvenuto e Reymert Bartra Vásquez perante o notário Alfredo Aparicio Valdez (pars. 25, 27 e 29 *supra*).

32. Em 3 de junho de 2002, o Estado apresentou os documentos correspondentes aos anexos 8 e 9 do escrito de contestação à demanda (par. 21 *supra*).

33. Em 14 de junho de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito no qual informaram sobre a situação das procurações outorgadas pelos senhores Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Carlos Torres Benvenuto e Reymert Bartra Vásquez perante o notário Alfredo Aparicio Valdez (pars. 25, 27, 29 e 31 *supra*). Além disso, apresentaram as procurações originais de representação no processo perante a Corte conferidas em 3 e 4 de junho de 2002 pelos senhores Javier Mujica Ruiz-Huidobro e Reymert Bartra Vásquez a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.

34. Em 1º de julho de 2002, o Peru apresentou um escrito, mediante o qual remeteu parte da informação solicitada pela Secretaria (par. 30 *supra*) em relação aos salários recebidos pelas pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares

aos ocupados pelas supostas vítimas na SBS. Posteriormente, em 17 de julho de 2002, o Estado apresentou documentos relativos à informação solicitada pela Secretaria (par. 30 *supra*) em relação ao valor da pensão mensal que havia pago às supostas vítimas ou a seus familiares a partir de novembro de 1992 e em relação aos valores dos salários pagos às pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares aos que as supostas vítimas ocuparam na SBS.

35. Em 2 de julho de 2002, o senhor Carlos Torres Benvenuto apresentou cópia da procuração no processo perante a Corte, por ele conferida em 14 de junho de 2002 a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.

36. Em 8 de julho de 2002, a Comissão remeteu a lista definitiva das testemunhas e peritos oferecidos para a celebração da audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações neste caso. No dia seguinte os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram sua lista definitiva, e fizeram suas as provas testemunhais e periciais oferecidas na demanda da Comissão.

37. Em 16 de julho de 2002, o Presidente emitiu uma Resolução mediante a qual rejeitou as objeções expostas pelo Estado sobre a prova testemunhal e pericial e admitiu as declarações testemunhais e periciais oferecidas pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Além disso, convocou as partes a uma audiência pública que seria celebrada na sede da Corte, a partir das 10:00 horas do dia 3 de setembro de 2002, para receber seus argumentos sobre as eventuais exceções preliminares, o mérito e as eventuais reparações, bem como as declarações das testemunhas e peritos propostos pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares.

38. Em 22 de julho de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito informando sobre o “estado atual do caso”. Posteriormente, em 21 de agosto de 2002, remeteram os anexos indicados neste escrito.

39. Em 1 e 5 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o artigo 44 do Regulamento, solicitou aos representantes das supostas vítimas e seus familiares que apresentassem os seguintes documentos: cópia da proposta de solução amistosa apresentada por eles à Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru; cópia da Resolução da Defensoria do Povo do Peru nº 026-97/DP, e cópia do *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão. Para a apresentação dos referidos documentos foi concedido um prazo até 16 de agosto de 2002.

40. Em 9 de agosto de 2002, a senhora Delia Revoredo Marsano de Mur, convocada pelo Presidente da Corte para apresentar um parecer pericial na audiência pública (par. 37 *supra*), informou que por motivos laborais não poderia comparecer à mencionada audiência.

41. Em 21 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito ao qual anexaram, *inter alia*, os documentos requeridos pela Secretaria em 1º e 5 de agosto de 2002 (par. 39 *supra*), e o documento

intitulado “Constância” da 5ª Promotoria Provincial Penal de Lima, referente ao caso 506010105- 2002-7-0, a qual indica como acusado o senhor Oscar Oitosa Rivera, pelo delito de falsificação documental e como vítima o senhor Martín Gregorio Oré Guerrero, com o fim de provar que “perante esta dependência se tramita uma investigação referente à falsificação das assinaturas” das procurações de três das supostas vítimas.

42. Em 21 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares enviaram um escrito, mediante o qual solicitaram à Corte que autorizasse que o senhor Walter Albán Peralta participasse na audiência pública na qualidade de perito e não de testemunha. A Secretaria, mediante nota de 22 de agosto de 2002, requereu que apresentassem o *curriculum vitae* do senhor Walter Albán Peralta com o propósito de que a Corte pudesse resolver o pedido apresentado. Em 23 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram o *curriculum vitae* indicado.

43. Em 23 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, concedeu prazo até 27 de agosto de 2002 para que a Comissão e o Estado apresentassem suas observações ao pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares indicado no parágrafo anterior.

44. Em 27 de agosto de 2002, o Estado apresentou um escrito, mediante o qual formulou sua oposição ao pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares de considerar a declaração do senhor Walter Albán Peralta como prova pericial e não como prova testemunhal. Nesse mesmo escrito, o Peru comunicou que, de acordo com o disposto no artigo 21.1 do Regulamento, havia designado o senhor Mario Pasco Cosmópolis como Agente Assistente no presente caso. No dia seguinte, a Comissão enviou um escrito através do qual comunicou que não tinha objeção ao pedido dos representantes antes indicado.

45. Em 27 e 28 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares informaram que o senhor Walter Albán Peralta não poderia participar na audiência pública e, em seu lugar, solicitaram que fosse convocado, na qualidade de perito, o senhor Daniel Soria Luján, para o que apresentaram seu *curriculum vitae*.

46. Em 29 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Pleno da Corte, informou às partes que o Tribunal havia rechaçado o pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares de que o senhor Daniel Soria Luján fosse convocado a prestar declaração pericial na audiência pública.

47. Em 30 de agosto de 2002, o senhor Carlos Rafael Urquilla Bonilla, representante da organização Direitos Humanos nas Américas, apresentou um escrito em qualidade de *amicus curiae*.

48. Em 2 de setembro de 2002, o Estado apresentou um escrito no qual se referiu à alegação de falta de esgotamento dos recursos internos exposta na contestação da demanda. A este respeito, afirmou que “no presente caso qualquer questionamento à procedência da demanda por não ter sido esgotada a via indicada na jurisdição interna do Peru deve ser resolvida conjuntamente com a sentença e com vista da totalidade dos elementos probatórios apresentados pelas partes”.

49. Nesse mesmo dia o Peru apresentou um escrito no qual expôs suas considerações sobre a proposta de solução amistosa apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares perante a Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru e sobre o *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão (pars. 39 e 41 *supra*).

50. Nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, a Corte recebeu, em audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, as declarações das testemunhas e o parecer do perito, propostos pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, respectivamente. A Corte também escutou as alegações finais orais das partes.

Compareceram perante a Corte:

pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Marta Altolaguirre, Delegada; e

Ignacio Álvarez, Assessor;

pelas supostas vítimas e seus familiares:

María Clara Galvis Patiño, Advogada do CEJIL; e

Javier Mujica Petit, Representante do CEDAL;

pelo Estado do Peru:

Fernando Elías Mantero, Agente; e

Mario Pasco Cosmópolis, Agente Assistente;

Testemunhas propostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Carlos Torres Benvenuto; e

Guillermo Álvarez Hernández.

Perito proposto pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares:

Máximo Jesús Atauje Montes.

51. Durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações o Presidente concedeu às partes o prazo de 30 dias para que apresentassem suas alegações finais escritas.

52. Em 3 de setembro 2002, durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, o senhor Máximo Jesús Atauje Montes também apresentou seu relatório pericial por escrito.

53. Em 4 de setembro de 2002, durante a exposição das alegações finais das partes na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um documento intitulado "A previdência social e os sistemas de pensões no Peru".

54. Em 5 de setembro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram alguns documentos que haviam oferecido durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações.

55. Em 2 de outubro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares solicitaram uma prorrogação de 30 dias para a apresentação de suas alegações finais escritas. Nesse mesmo dia a Secretaria informou às partes que, seguindo instruções do Presidente, o prazo que havia sido concedido era improrrogável até 30 de outubro de 2002 para que os representantes das supostas vítimas e seus familiares, a Comissão e o Estado apresentassem suas alegações finais escritas.

56. Em 3 de outubro de 2002, o senhor Juan Álvarez Vita, proposto pela Comissão para prestar declaração pericial na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações,³ enviou uma comunicação eletrônica, mediante a qual apresentou seu relatório pericial escrito sobre este caso. No dia seguinte, a Comissão enviou uma comunicação à qual anexou cópia do relatório pericial escrito pelo senhor Álvarez Vita. Em 25 de outubro de 2002, o senhor Álvarez Vita remeteu o original do referido relatório pericial escrito.

57. Em 25 de outubro de 2002, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas.

58. Em 29 de outubro de 2002, o Peru remeteu suas alegações finais escritas, juntamente com seus anexos. Nesse mesmo dia o Estado também apresentou um documento intitulado "Explicação dos regimes trabalhistas e de aposentadoria que se aplicam na República do Peru e análise específica da situação de cada um dos aposentados", ao qual incorporou um anexo.

59. Em 30 de outubro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram suas alegações finais escritas. Em 6 de novembro de 2002 apresentaram os anexos a este escrito.

60. Em 7 de novembro de 2002, o Estado remeteu um escrito no qual fez referência à perícia apresentada pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes no caso.

61. Em 18 de novembro de 2002, os senhores Víctor Abramovich, Julieta Rossi, Andrea Pochak e Jimena Garrote, todos eles do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), e Christian Courtis, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, apresentaram um escrito em qualidade de *amicus curiae*.

62. Em 24 de fevereiro de 2003, o Estado apresentou um escrito extemporaneamente.

V A PROVA

63. Antes do exame das provas recebidas, a Corte realizará, à luz do estabelecido nos artigos 43 e 44 do Regulamento, algumas considerações aplicáveis ao caso específico, a maioria das quais foram desenvolvidas na própria jurisprudência do Tribunal.

³ O senhor Juan Álvarez Vita não prestou declaração pericial na audiência pública celebrada nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, devido a que a Comissão Interamericana desistiu de apresentar de maneira oral a sua perícia. A Corte aprovou que, em seu lugar, fosse apresentado o relatório deste perito de forma escrita.

64. Em primeiro lugar, é importante indicar que em matéria probatória rege o princípio do contraditório, no qual se respeita o direito de defesa das partes, sendo este princípio um dos fundamentos do artigo 43 do Regulamento, no que se refere à oportunidade em que se deve oferecer a prova com o fim de que exista igualdade entre as partes.⁴

65. Ademais, a Corte indicou anteriormente, quanto à recepção e a apreciação da prova, que os procedimentos seguidos ante si não estão sujeitos às mesmas formalidades dos atos judiciais internos e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto, e tendo presentes os limites traçados pelo respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes.⁵ Assim mesmo, a Corte teve em conta que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm a possibilidade de apreciar e avaliar as provas segundo as regras da crítica, sempre evitou adotar uma determinação rígida do *quantum* da prova necessária para fundamentar uma decisão.⁶ Este critério é especialmente válido em relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para efeitos da determinação da responsabilidade internacional de um Estado por violação de direitos da pessoa, de uma ampla flexibilidade na apreciação da prova oferecida perante eles sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.⁷

66. Com base nisso, a Corte procederá a examinar e avaliar o conjunto dos elementos que conformam o acervo probatório deste caso, segundo a regra da crítica, dentro do marco jurídico em estudo.

A) PROVA DOCUMENTAL

67. Ao apresentar seu escrito de demanda (pars. 1 e 13 *supra*), a Comissão incorporou como prova 69 anexos que continham 87 documentos.⁸

68. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de petições, argumentos e provas (pars. 20, 25 e 27 *supra*) sete anexos que continham 13 documentos.⁹

⁴ Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 86.

⁵ Cf. *Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, par. 27; *Caso Las Palmeras*. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de novembro de 2002. Série C Nº 96, par. 18; e *Caso do Caracazo*. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 38.

⁶ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*; *Caso do Caracazo*. Reparações, nota 3 *supra*; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 65; e *Caso Trujillo Oroza*. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C Nº 92, par. 37.

⁷ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*; *Caso do Caracazo*. Reparações, nota 3 *supra*, par. 39; e *Caso Trujillo Oroza*. Reparações, nota 4 *supra*, par. 38.

⁸ Cf. anexos 1 a 69 do escrito de demanda apresentado pela Comissão em 4 de dezembro de 2001 (folhas 1 a 356 do expediente de anexos à demanda).

⁹ Cf. anexos 2 a 7 do escrito de 5 de março de 2002 de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 8 de março de 2002 (folhas 216 a 255 do tomo I

69. O Estado, por sua vez, anexou como prova a seu escrito de contestação à demanda (pars. 21 e 32 *supra*) 60 documentos contidos em nove anexos.¹⁰

70. Ao apresentar suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares (par. 24 *supra*) o Estado remeteu seis documentos.¹¹

71. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de alegações em relação a uma eventual exceção preliminar apresentada pelo Estado na contestação à demanda (pars. 21 e 28), dois documentos contidos em um anexo.¹²

72. Ao apresentar seu escrito de observações sobre as procurações apresentadas pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (pars. 25, 27 e 29 *supra*) o Estado anexou dois documentos.¹³ Outrossim, os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de esclarecimento sobre as procurações (par. 33 *supra*) dois anexos contendo 21 documentos.¹⁴ Em 2 de julho de 2002, o senhor Carlos Torres Benvenuto remeteu cópia da procuração no processo perante a Corte.¹⁵

73. O Peru remeteu vários documentos (pars. 30 e 34 *supra*),¹⁶ como prova para melhor resolver, em relação aos salários pagos às pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares aos que ocuparam as supostas vítimas na SBS e sobre o valor da pensão mensal que havia pago às supostas vítimas ou seus familiares a partir de novembro de 1992.

74. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito sobre o "estado atual do caso" (par. 38 *supra*), ao qual anexaram 12 documentos contidos em seis anexos.¹⁷

do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações); anexo 1 do referido escrito apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 22 de abril de 2002 (folhas 530 a 535 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações); e uma cópia mais legível do anexo 5 apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 3 de maio de 2002 (fólio 576 *bis* do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹⁰ Cf. anexos 1 a 7 do escrito de contestação à demanda de 15 de março de 2002, apresentados pelo Estado em 18 de abril de 2002 (folhas 314 a 470 do tomo II do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações) e anexos 8 e 9 do referido escrito apresentados em 3 de junho de 2002 (folhas 649 a 667 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹¹ Cf. anexos 1 e 2 do escrito apresentado em 22 de abril de 2002 pelo Estado, em relação às suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, remetidos pelo Estado em 30 de abril de 2002 (folhas 558 a 571 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹² Cf. anexo 1 do escrito de 21 de maio de 2002 de alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares em relação a uma eventual exceção preliminar apresentada pelo Estado na contestação da demanda, apresentado em 28 de maio de 2002 (folhas 639 a 644 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹³ Cf. anexos 1 e 2 do escrito de 22 de maio de 2002 do Estado (folhas 614 e 615 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹⁴ Cf. anexos 1 e 2 do escrito apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 14 de junho de 2002 (folhas 676 a 706 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

¹⁵ Cf. folhas 786 e 787 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

¹⁶ Cf. folhas 752 a 771 e 842 a 888 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

¹⁷ Cf. anexos 1 a 6 do escrito de 22 de julho de 2002 dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 21 de agosto de 2002 (folhas 959 a 995 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

75. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram como prova para melhor resolver (pars. 39 e 41 *supra*) três documentos¹⁸ e uma constância da Promotoria Provincial Penal de Lima com o objetivo de provar que “perante esta dependência se tramita uma investigação referente à falsificação das assinaturas” das procurações das supostas vítimas (par. 41 *supra*).¹⁹

76. Em 3 de setembro de 2002, durante a perícia oferecida na audiência pública (par. 52 *supra*), o perito Máximo Jesús Atauje Montes também apresentou seu relatório pericial por escrito, o qual consta de 151 folhas, e ao qual incorporou 10 documentos como anexos.²⁰

77. Em 4 de setembro de 2002, durante a exposição das alegações finais das partes na audiência pública (par. 53 *supra*), os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um documento intitulado “A previdência social e os sistemas de aposentadorias no Peru”, o qual consta de 25 folhas.²¹

78. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram oito documentos, os quais haviam sido oferecidos durante a audiência pública (par. 54 *supra*).²²

79. O senhor Juan Álvarez Vita, proposto pela Comissão para prestar uma declaração pericial na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações (par. 56 *supra*), remeteu seu relatório pericial escrito sobre este caso.²³ Outrossim, a Comissão remeteu, via fax, uma cópia do referido documento.²⁴ Neste relatório se analisam os direitos econômicos, sociais e culturais.

80. Ao apresentar seu escrito de alegações finais (par. 58 *supra*) o Estado incorporou como prova dois anexos que continham cinco documentos.²⁵

81. O Estado apresentou (par. 58 *supra*) um documento intitulado “Explicação dos Regimes Trabalhistas e de Aposentadoria que se aplicam na República do Peru e análise específica da situação de cada um dos aposentados”, ao qual incorporou um anexo.²⁶

82. Ao apresentarem seu escrito de alegações finais (par. 59 *supra*) os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram como prova 11 anexos que continham 13 documentos.²⁷

¹⁸ Cf. folhas 936 a 956 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

¹⁹ Cf. folha 935 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²⁰ Cf. folhas 1108 a 1258 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²¹ Cf. folhas 1263 a 1287 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²² Cf. folhas 1292 a 1350 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²³ Cf. folhas 1364 a 1406 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²⁴ Cf. folhas 1408 a 1449 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²⁵ Cf. anexos 1 e 2 do escrito de alegações finais do Estado apresentado em 29 de outubro de 2002 (folhas 1507 a 1530 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

²⁶ Cf. folhas 1552 a 1582 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

²⁷ Cf. anexos 1 a 11 do escrito de 30 de outubro de 2002 dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 6 de novembro de 2002 (folhas 1643 a 1724 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

B) PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

83. Nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, a Corte recebeu as declarações das testemunhas e o parecer do perito, propostos, respectivamente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (par. 50 *supra*). A seguir, o Tribunal resume as partes relevantes destas declarações.

a. Declaração de Carlos Torres Benvenuto, suposta vítima

Começou a trabalhar na SBS em janeiro de 1950 e deixou de trabalhar para esta instituição em 31 de dezembro de 1986. Ocupava o cargo de Diretor Geral; no total, trabalhou 37 anos, 11 meses e 15 dias na SBS. Deixou de trabalhar para a SBS porque tinha mais de 37 anos de serviço e por razões familiares.

Com sua pensão cobria os gastos de seu lar, a manutenção, alimentação, educação e saúde de toda sua família, a qual está conformada por seus seis filhos, dos quais um deles ainda depende economicamente dele. Pensava em continuar mantendo a sua família recebendo a pensão do regime do Decreto-Lei nº 20.530, o qual lhe permite ter uma pensão conhecida no Peru como a "célula viva", a qual consiste em receber o que ganha a pessoa que desempenha esse cargo em atividade; isso significa uma aposentadoria nivelada. A testemunha efetuou contribuições sobre seu salário para receber uma aposentadoria ao encerrar sua vida laboral. A SBS criou um fundo de pensões no ano de 1943, com o qual eram cobertas as pensões dos trabalhadores dessa instituição. Em 1982 a SBS mudou seu regime trabalhista, o qual naquele momento era público, e passou a um regime privado. Entretanto, não houve modificação no regime trabalhista de todos os empregados; houve um dispositivo que estipulava que os que quisessem aceitar a mudança, poderiam fazê-lo e os que não queriam permaneceriam no regime vigente. Foi dada uma opção de mudar de regime ou de permanecer naquele do Decreto-Lei nº 20.530. A testemunha permaneceu no regime antigo com um salário reduzido. Permanecer no regime antigo significava conservar o direito de aposentadoria com a remuneração do pessoal ativo.

A SBS começou a realizar os pagamentos de sua pensão a partir do dia em que concluiu seu trabalho na instituição, em 31 de dezembro de 1986. O valor que recebia variava a cada ano, de acordo com as regulamentações feitas pela SBS. Os ajustes se realizavam quando aumentava o salário da pessoa que estava em atividade no cargo que o funcionário exercia antes de se aposentar; este reajuste era feito uma ou duas vezes por ano, segundo as necessidades econômicas que atravessava o país naqueles momentos. Essa pensão era paga com o fundo de pensões da SBS. A pensão foi paga por seis anos e meio, até setembro de 1992, quando os pagamentos foram abruptamente cortados sem nenhum aviso, não houve comunicação alguma a respeito, a SBS não realizou nenhum processo para diminuir as pensões, mas de forma abrupta diminuiu a uma sexta parte a pensão que recebia. Ficou sabendo que a pensão havia diminuído quando foi recebê-la em setembro de 1992; seu salário diminuiu a um valor

bruto de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), menos os descontos do seguro e S/. 100,00 (cem soles) de serviços médicos, de maneira que o valor líquido recebido era de S/. 308,00 (trezentos e oito soles), ao passo que em agosto daquele ano recebeu S/. 2.450,00 (dois mil quatrocentos e cinquenta soles). Esta aposentadoria era sua principal e única renda. Pensava que seu valor aumentaria já que, de acordo com seu regime de pensão, sua aposentadoria se ajustaria a cada vez que fosse modificado o salário do funcionário ativo; jamais pensou que o valor recebido de aposentadoria seria diminuído, já que isso “atropela” os direitos que os trabalhadores têm; não se pode diminuir a aposentadoria.

As consequências econômicas que lhe causaram a redução de sua aposentadoria foram grandes, já que teve de vender seu carro, pedir empréstimos a amigos e ao final teve até de vender sua casa e mudar-se para um apartamento. Reduziu gastos, alimentos, medicamentos, colégio de seus filhos, foi uma situação catastrófica. Com respeito aos colégios de seus filhos, nessa época, a aposentadoria que recebia era menor do que o valor que pagava no Colégio San Agustín de Lima, Peru, que é o colégio onde se educaram seus filhos.

Esta situação não apenas o afetou economicamente, mas também nos aspectos psicológico e social.

Quanto às repercussões na saúde, a testemunha teve um infarto, e esteve internado dois meses e teve de ser atendido em um hospital público do Peru porque o seguro médico que tinha havia sido cancelado pela SBS. Nessa instituição ele contava com um seguro médico que pagava mensalmente um valor aproximado de S/. 89,00 a S/. 100,00 (oitenta e nove a cem soles). Esse seguro deveria continuar enquanto recebesse a aposentadoria, mas desgraçadamente foi impossibilitado disso também.

A partir da redução das pensões foram tentadas várias ações legais. Foram impetrados mandados de segurança, os quais foram ganhos, mas a SBS não cumpriu o pagamento; foram interpostas ações penais, devido a que a SBS emitiu resoluções que não cumpriu. Apelou-se ao Tribunal Constitucional, o qual decidiu a seu favor; recorreu-se à Defensoria do Povo, a qual exigiu do Superintendente o cumprimento das sentenças, mas este tampouco as cumpriu. Foi consultada a Ordem de Advogados se o que estava ocorrendo era permitido e esta deu razão aos aposentados, inclusive o próprio Ministro de Economia e Finanças enviou uma carta ao Superintendente, Dr. Porta Barrea, ordenando-o a cumprir as sentenças para evitar ações penais. A testemunha falou diretamente com os diferentes Superintendentes, enviou cartas autenticadas para chegar a um acordo, e ainda perdendo alguns direitos, mas tudo foi nulo. Também realizaram denúncias perante a imprensa e fizeram manifestações ou “plantões” na entrada da SBS reclamando, mas não obtiveram nenhuma resposta. Em 1992, iniciaram ações legais contra a SBS, a qual nesse momento era o organismo encarregado do pagamento das aposentadorias. Poucos meses depois, em outubro de 1992, foi sancionado o Decreto-Lei nº 25.792. A partir dessa data a SBS já não pagava as pensões. A testemunha e os demais aposentados não “constavam” para o Tesouro Público, porque tinham seus ingressos provenientes do fundo de pensões da SBS.

Então, a partir de novembro de 1992, o Ministério de Economia e Finanças (doravante "o MEF") pagou as pensões até março do ano de 2002, quando foi derogado o artigo quinto do mencionado decreto-lei. As ações de garantia (ou mandados de segurança) foram propostas contra a SBS, que era a entidade que devia pagar-lhes; o MEF não foi demandado no processo, já que houve um jogo entre este Ministério e a SBS, pois a SBS dizia que de acordo com o artigo quinto do Decreto-Lei nº 25.792 o MEF devia pagar-lhes a pensão, e este último alegava que o artigo quinto indicado não criava nenhuma obrigação de pagamento em face dos aposentados da SBS, e que esta devia transferir os valores, com recursos próprios, para atender o pagamento dos aposentados. A sentença do Tribunal Constitucional que resolveu a ação de mandado de segurança e foi proferida com posterioridade ao ano de 1994, e a sentença da Corte Suprema de Justiça, ordenaram que fossem restituídos os direitos dos aposentados pagando-lhes a pensão que vinham recebendo de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530. A testemunha nunca esteve incorporada ao regime da iniciativa privada. Atualmente recebe uma aposentadoria nivelada aos salários de um trabalhador do regime trabalhista privado.

Em março de 2002, a SBS emitiu resoluções nas quais anexou um pagamento, o qual os cinco aposentados acataram, de modo que foram pagas as pensões devidas durante os 10 anos nos quais a SBS havia deixado de pagar; com posterioridade a este fato a aposentadoria lhes foi paga mensalmente. Depois de uma luta de dez anos, durante os quais houve tanta penúria, a testemunha afirmou que se sente um pouco confortado. O valor que lhe foi pago como reembolso é de mais ou menos S/. 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil soles), que convertendo em dólares seria de aproximadamente US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares dos Estados Unidos da América), quantia à qual não foi somado nenhum tipo de juros legais. Os salários da SBS não aumentam os dos aposentados e, de acordo com regime trabalhista do Decreto-Lei nº 20.530, a testemunha deve receber o salário da pessoa que está em seu cargo, salário que chegaria a S/. 21.000,00 (vinte e um mil soles), o que representaria cerca de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América). Este pagamento está sujeito a uma condição que é mortificante para os aposentados, já que no último parágrafo do artigo terceiro da resolução da SBS se diz que tudo isso está sujeito à decisão da Corte Interamericana, o que quer dizer que ainda os estão ameaçando.

A testemunha pediu ao Tribunal que emitisse seu pronunciamento o mais rapidamente possível para poder ter tranquilidade.

b. Declaração de Guillermo Álvarez Hernández, suposta vítima

Aposentou-se da SBS com 55 anos em 1984; o último cargo que ocupou foi o de Assessor Administrativo. Até 1992, a SBS manteve o regime trabalhista público do Decreto nº 11.377 e do Decreto-Lei nº 20.530, e então mudou de regime trabalhista, passando de um regime estatutário público a um regime de direito trabalhista privado. Ao pessoal que vinha trabalhando sob o regime público foi dada a opção de permanecer nesse regime, com suas remunerações e sua expectativa de

aposentadoria, ou a opção de mudar de regime trabalhista e passar ao regime privado. A testemunha e os demais aposentados, supostas vítimas, permaneceram no regime do Decreto-Lei nº 20.530, o que significa que não mudaram de regime. Durante os 36 anos trabalhados na SBS a testemunha contribuiu com o fundo de pensões. O percentual de salário de contribuição variava entre 8%, 12% e 15% para os cargos mais altos da SBS. O cargo da testemunha era um dos mais altos desta instituição. Enquanto ocupava seu cargo pensava que, quando se aposentasse, se manteria com a pensão que lhe correspondia de acordo com a lei.

Desvinculou-se da SBS por razões de enfermidade e porque já tinha o tempo suficiente para se aposentar.

Depois da desvinculação da SBS, recebeu sua aposentadoria completa durante oito anos. Em 1984, o valor aproximado de sua pensão era de S/. 2.400,00 (dois mil e quatrocentos soles) sem incluir as gratificações, o que, em dólares, representava a quantia aproximada de US\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos da América). Em setembro de 1992, ocorreu um corte bastante significativo, o qual consistia em 80% da pensão. Este corte se efetuou de uma maneira arbitrária, sem que avisassem nada aos aposentados e sem nenhuma base legal para fazê-lo. A testemunha tomou conhecimento da redução quando foi retirar seu cheque e em lugar de receber os aproximadamente S/. 2.500,00 (dois mil e quinhentos soles) que recebia, lhe entregaram um cheque de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles). Em nenhum momento pensou que o valor destas pensões pudesse ser reduzido, já que na lei de aposentadoria se estabelecia como deveriam ser niveladas. A Constituição Política estabelece que as aposentadorias devem ser niveladas com os cargos que desempenham os funcionários de igual nível aos aposentados e também há outras leis, tais como o Decreto-Lei nº 20.530 e a Lei nº 23.495 e seu regulamento, que estabelecem as mesmas disposições a este respeito.

As ações legais interpostas para que o Estado efetivamente cumprisse o pagamento das pensões foram várias: foi interposto um mandado de segurança (recurso de amparo) perante o Juízo de primeira instância, que era um juízo de plantão naquele momento. Esta ação foi interposta contra a SBS e nunca se incorporou o MEF, já que o Decreto-Lei nº 25.792 foi emitido com posterioridade à impetração do mandado de segurança, e as leis posteriores não possuem caráter retroativo. Com este Decreto-Lei nº 25.792 começou a receber sua pensão do MEF. Este mandado de segurança foi denegado, de maneira que apelaram à Corte Superior onde deram a razão aos aposentados; posteriormente, a SBS apelou desta última decisão e a Corte Suprema de Justiça, em 1994, lhes deu a razão e ordenou que a pensão deveria ser paga integralmente conforme a Resolução que fixava essa soma, mas também assinalou que deveriam nivelar as pensões; estas sentenças não foram cumpridas. Foram realizadas outras ações através dos juzgados provisórios, os quais também lhes deram a razão. No ano 2000, o Tribunal Constitucional, ao resolver as ações de cumprimento, deu razão aos aposentados e ordenou que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru. O Estado não respondia em face

do descumprimento das resoluções e os aposentados tentavam buscar respostas, mas não as recebiam; mandaram cartas autenticadas ao Estado para tentar chegar a um acordo, mas nunca conseguiram. Além destas ações, foram interpostas ações penais com o propósito de que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça e, como consequência destas, a SBS emitiu resoluções administrativas no caso dos cinco aposentados, ordenando que lhes reintegrassem a pensão, mas estas resoluções em nenhum momento foram cumpridas.

Tudo isso causava à testemunha e à sua família um sentimento de impotência ao não poder obter resultado algum. Seu grupo familiar se compõe de sua esposa e dois filhos, que atualmente possuem 40 e 32 anos. Com a pensão, a testemunha efetuava os pagamentos de manutenção de sua casa, o estudo de seus filhos, o seguro médico familiar e outros gastos e situações. Além da pensão, não tinha outra renda para se manter porque na sua idade é difícil conseguir outra fonte de renda. A diminuição da pensão lhe trouxe como consequência danos econômicos, psicológicos e morais. Sua família teve de reduzir o orçamento mensal. Seu filho estudava na Universidade do Pacífico, que é uma universidade privada, e teve de mudar para a Universidade Garcilazo de la Vega, que é uma universidade estatal. Ele e sua família sofreram consequências emocionais por causa da diminuição na aposentadoria.

Diante das recomendações da Comissão e da derrogação do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado chegou a pagar aos cinco aposentados as quantias que lhes eram devidas pelos dez anos de redução da aposentadoria. As sentenças não continham nenhum pagamento, este foi elaborado pela SBS. Os aposentados acataram as quantias que lhes foram pagas, mas em um artigo das resoluções da SBS se diz que estes pagamentos estão sujeitos à sentença da Corte Interamericana. Isto é uma ameaça de que poderia haver alguma devolução dos valores.

O valor da pensão da testemunha, em dólares, atualmente é de aproximadamente US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) sem incluir as gratificações, e recebeu como reembolso pelos dez anos nos quais deixaram de lhe pagar corretamente suas pensões e com as nivelaciones correspondentes, aproximadamente US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou US\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América). Esta pensão atualmente não está vinculada ao imposto de renda, mas está vinculada ao imposto "previal". O salário do funcionário ativo sim, está vinculado ao imposto de renda.

Em uma entrevista recente na televisão, na qual lhe perguntaram se considerava justo que havendo tido um salário de US\$ 1.200,00 (mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América), sua pensão hoje pudesse ser de US\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos dólares dos Estados Unidos da América) e que lhe tivessem pago um reembolso de US\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América), respondeu à entrevistadora que efetivamente "eram altas as pensões, eram altas as somas recebidas, mas [que] lamentavelmente essa era a lei, o que estabelecia a lei".

Agradeceria se o Tribunal se pronunciasse no sentido de eliminar o artigo que está incluído na resolução administrativa da SBS de 2002 que se refere à decisão da Corte, para poder estar tranquilo.

c. Perícia de Máximo Jesús Atauje Montes, economista e perito judicial

O perito se referiu ao lucro cessante, ao dano emergente e aos juros legais que, em seu entender, correspondem às supostas vítimas.

C) APRECIÇÃO DA PROVA

Apreciação de Prova Documental

84. Neste caso, como em outros,²⁸ o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual ou como prova para melhor resolver, que não foram controvertidos ou objetados, ou cuja autenticidade foi colocada em dúvida. Por outro lado, a Corte admite, de acordo com o artigo 43 do Regulamento, a prova apresentada pelas partes em relação aos fatos supervenientes ocorridos com posterioridade à apresentação da demanda.

Apreciação da Prova Testemunhal e Pericial

85. Em relação às declarações oferecidas por duas das supostas vítimas no presente caso (par. 50 *supra*), a Corte as admite na medida em que concordem com o objeto do interrogatório proposto pela Comissão. A esse respeito, este Tribunal considera que por tratar-se de supostas vítimas e terem um interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. Em matéria tanto de mérito como de reparações, as declarações das supostas vítimas são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as consequências das violações que podem ter sido perpetradas.²⁹

86. A respeito dos pareceres dos peritos oferecidos (pars. 50 e 56 *supra*), os quais não foram objetados nem controvertidos, o Tribunal os admite e lhes concede valor probatório. Além disso, a Corte levou em conta as observações formuladas pelo Estado, em 7 de novembro de 2002 (par. 60 *supra*), a respeito da perícia do senhor Máximo Jesús Atauje Montes.

²⁸ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 41; *Caso Las Palmeras*. Reparaciones, nota 3 *supra*, par. 28; e *Caso do Caracazo*. Reparaciones, nota 3 *supra*, par. 57.

²⁹ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 42; *Caso do Caracazo*. Reparaciones, nota 3 *supra*, par. 59; e *Caso Trujillo Oroza*. Reparaciones, nota 4 *supra*, par. 52.

VI FATOS PROVADOS

87. Efetuado o exame dos documentos, das declarações das testemunhas, dos pareceres dos peritos, e das manifestações da Comissão, dos representantes das supostas vítimas e seus familiares e do Estado, no curso do presente processo, esta Corte considera provados os seguintes fatos:

88. FATOS GERAIS

88.a) Em 26 de fevereiro de 1974, foi sancionado o Decreto-Lei nº 20.530, intitulado “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Civis Prestados ao Estado não incluídos no Decreto-Lei nº 19.990”.³⁰

88.b) As supostas vítimas trabalharam na SBS e se aposentaram depois de terem prestado mais de 20 anos de serviços na Administração Pública.³¹ Os cinco aposentados começaram a trabalhar na Administração Pública entre 1940 e 1964, e se aposentaram da SBS entre 1975 e 1990.³²

88.c) Segundo estabelece a lei orgânica da SBS, emitida em 1981, esta entidade “é uma Instituição Pública com personalidade jurídica de direito público, com autonomia funcional, administrativa e econômica”. O pessoal da SBS se encontrava dentro de um regime trabalhista da atividade pública, até que nesta lei orgânica de 1981 se dispôs que seu pessoal “se en[con]traria] incluído no regime trabalhista correspondente à atividade privada, exceto no caso dos trabalhadores incluídos no regime da Lei nº 11.377 e no de aposentadorias estabelecido pelo Decreto Lei nº 20.530, ou que, por sua própria escolha, pod[iam] continuar neste regime”.³³

88.d) As supostas vítimas escolheram continuar com o regime do Decreto-Lei nº 20.530.³⁴ Conforme o referido decreto-lei e suas normas conexas e complementares,

³⁰ Cf. Decreto-Lei nº 20.530 “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Civis Prestados ao Estado não Incluídos no Decreto-Lei nº 19.990” de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

³¹ Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71); resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73); e resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

³² 30 Cf. nota 29 *supra*.

³³ Cf. Decreto Legislativo nº 197 “Lei Orgânica da Superintendência de Bancos e Seguros” de 12 de junho de 1981, publicado em julho de 1981 no Diário Oficial El Peruano, artigos 1 e 35 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 60 a 65).

³⁴ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de

o Estado reconheceu às supostas vítimas o direito a uma aposentadoria nivelada progressivamente, de acordo com a remuneração “dos servidores públicos em atividade nas respectivas categorias”, que ocuparam o mesmo posto ou função análoga à que desempenhavam os aposentados no momento em que se aposentaram da SBS.³⁵

88.e) As nivelações das aposentadorias das supostas vítimas se realizaram de maneira sucessiva e periódica, “cada vez que se produzia um incremento por escala nas remunerações dos trabalhadores e funcionários ativos da Superintendência de Bancos e Seguros”,³⁶ desde o momento da aposentadoria de cada um dos cinco aposentados até que, em abril de 1992, a SBS suspendeu o pagamento da pensão do senhor Reymert Bartra Vásquez e, em setembro daquele mesmo ano, reduziu o valor da pensão dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Maximiliano Gamarra Ferreyra, em aproximadamente 78%, sem prévio aviso nem explicação alguma.³⁷

1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71); resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73); e resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

³⁵ Cf. Lei nº 23.495 “Nivelación Progressiva das Pensões dos Desempregados e dos Aposentados da Administração Pública não submetidos ao Regime do Seguro Social ou a outros Regimes Especiais” de 19 de novembro de 1982 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folhas 133 e 134); e Decreto-Lei nº 20.530 “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados ao Estado não Incluídos no Decreto-Lei nº 19.990” de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

³⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198); resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53 folhas 199 a 201); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

³⁷ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito do Diretor de Relações Trabalhistas da SBS de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Carlos Torres Benvenuto a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folhas 138 e 139); planilha de pagamento da SBS de agosto a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folha 140); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 154); planilha de pagamento da SBS de outubro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 155); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 10 de julho de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 480-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 143 e 144); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 16 de agosto de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 583-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folha 144); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 14 de setembro de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 637-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folha 145); resolução administrativa SBS nº 115-91 de 14 de março de 1991, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 26, folhas 146 e 147); planilhas de pagamento da SBS de março e abril de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 141

88.f) Em 14 de outubro de 1992 foi promulgado o Decreto-Lei nº 25.792,³⁸ o qual "autoriza a Superintendência de Bancos e Seguros-SBS a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários" e, de acordo com o artigo 5º, "[t]ransferiu ao Orçamento do Ministério de Economia e Finanças a arrecadação das contribuições e a atenção das pensões, remunerações ou similares que a Superintendência de Bancos e Seguros deveria pagar a seus aposentados, pensionistas e desempregados incluídos no regime do Decreto Lei nº 20.530". Outrossim, estipulou-se que "[e]stas pensões, remunerações ou similares ter[iam] como referência, inclusive para sua homologação, as que este Ministério paga a seus trabalhadores e funcionários, conforme o Decreto Legislativo nº 276" e, acrescentou-se que "[e]m nenhum caso serão homologadas ou se referirão às remunerações pagas pela Superintendência de Bancos e Seguros ao pessoal sujeito à atividade privada".

88.g) A partir de novembro de 1992 e enquanto esteve vigente o Decreto-Lei nº 25.792, o MEF continuou pagando às supostas vítimas uma pensão calculada nos termos desta norma.³⁹

e 142); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 148); mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 343 a 358); escrito do Diretor de Relações Trabalhistas de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Guillermo Álvarez Hernández a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folhas 149 e 150); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151); planilha de pagamento da SBS de julho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 152); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 156); mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371); planilha de pagamento da SBS de fevereiro de 1992, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folha 153); mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 ante o Vigésimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175); planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); e mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 372 a 381).

³⁸ Cf. Decreto-Lei nº 25.792 "Autoriza a Superintendência de Bancos e Seguros-SBS- a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários" de 14 de outubro de 1992 (expediente de anexos à demanda, anexo 35, folha 159).

³⁹ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205); resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº

88.h) Cada uma das supostas vítimas interpôs um mandado de segurança contra a SBS e durante 1994 todos foram declarados com mérito pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça do Peru por meio de sentenças definitivas.⁴⁰ As sentenças foram publicadas no Diário Oficial El Peruano.⁴¹ Na fase de execução de sentença os correspondentes Juízos Especializados Cívicos de Lima emitiram decisões através das quais ordenaram à SBS e ao MEF que cumprissem o disposto nas sentenças definitivas que declararam com mérito os mandados de segurança interpostos pelas supostas vítimas.⁴²

88.i) A SBS apenas cumpriu a devolução às supostas vítimas das diferenças entre a pensão recebida e a que vinham recebendo de forma nivelada, correspondente

252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS n° 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS n° 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

⁴⁰ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184); e sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

⁴¹ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184); e sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

⁴² Cf. ofício n° 914-94-DNJCL/JNLA de 16 de janeiro de 1995 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Superintendente de Bancos e Seguros, mediante o qual lhe solicita que dê cumprimento à resolução de 3 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 37, folhas 161 a 164); ofício de 19 de dezembro de 1994 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Chefe da Superintendência de Bancos e Seguros, mediante o qual se refere à resolução de 22 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 49, folha 190); resolução administrativa SBS n° 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); e resolução administrativa SBS n° 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198).

aos meses de abril a outubro de 1992 – no caso do senhor Reymert Bartra Vásquez – e correspondente aos meses de setembro e outubro de 1992, no caso das outras quatro supostas vítimas.⁴³

88.j) Algumas das supostas vítimas apresentaram denúncias penais contra quem consideravam responsáveis pelo descumprimento das sentenças.⁴⁴

88.k) Em 1995, a SBS emitiu cinco resoluções com o propósito de que fosse cumprido o disposto nas sentenças definitivas que decidiram os referidos mandados de segurança. Nestas resoluções, a SBS ordenou que fossem niveladas as aposentadorias das supostas vítimas com base nas remunerações que recebiam os servidores ativos da SBS da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários, bem como que fossem realizadas as devoluções correspondentes, de acordo com os cálculos dispostos nestas resoluções.⁴⁵ Outrossim, no artigo 2º destas resoluções se dispôs que as mesmas deveriam ser transmitidas ao MEF “para os fins pertinentes”. Tais resoluções não foram cumpridas.⁴⁶

⁴³ Cf. escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 21, par. 60); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 176).

⁴⁴ Cf. resolução do Promotor Superior Penal do Ministério Público emitida em 2 de dezembro de 1996, a respeito da queixa nº 34-96 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 3 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 228); resolução do Promotor da Nação emitida em 27 de junho de 1997, a respeito do expediente nº 001-97-D-SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 4 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 229 a 234); resolução do Juiz do Trigésimo Juízo Penal de Lima emitida em 2 de fevereiro de 1996 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 5 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 235 a 237); denúncia de 4 de julho de 1995 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Controlador Geral da República (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 6 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 238 a 242); e testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002.

⁴⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198); resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53, folhas 199 a 201); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

⁴⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert

88.l) Três das supostas vítimas interpuseram ações de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros. Ao pronunciar-se sobre tais ações nos anos 1998 e 2000, o Tribunal Constitucional do Peru resolveu que a SBS devia cumprir o disposto em suas resoluções administrativas de 1995. As sentenças do Tribunal Constitucional indicadas foram publicadas no Diário Oficial El Peruano.⁴⁷

88.m) Em 21 de janeiro de 2002, o Congresso da República do Peru promulgou a Lei nº 27.650, mediante a qual derogou o artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792 e a segunda disposição transitória do Decreto Legislativo nº 680. A referida lei foi publicada no Diário Oficial El Peruano em 23 de janeiro de 2002.⁴⁸

88.n) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu cinco resoluções nas quais, *inter alia*, resolveu dar cumprimento às resoluções da SBS expedidas em 1995, “deduzindo da soma a pagar a[os cinco aposentados] as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe[s tivesse] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro destas resoluções de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo à decisão que emita a Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento às [resoluções de 1995], caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas”.⁴⁹

88.o) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou aos cinco aposentados as quantias determinadas nas mencionadas resoluções, correspondentes aos reembolsos dos

Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

⁴⁷ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205); sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández contra o Superintendente de Bancos e Seguros (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215); e sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 9 de julho de 1998, publicada no Diário Oficial El Peruano de 16 de outubro de 1998, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folhas 206 a 208 e expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 da contestação à demanda, folha 412).

⁴⁸ Cf. Lei nº 27.650 de 21 de janeiro de 2002, publicada no Diário Oficial El Peruano de 23 de janeiro de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 1 da contestação à demanda, folha 314).

⁴⁹ Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.⁵⁰ Em março de 2002, as pensões niveladas foram reestabelecidas e, a partir de abril de 2002, os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e a viúva de Maximiliano Gamarra Ferreyra passaram a receber periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões.⁵¹

88.p) As supostas vítimas e seus familiares sofreram danos materiais e imateriais pela dedução de suas pensões e pela falta de cumprimento das sentenças a seu favor; a qualidade de vida das supostas vítimas se viu diminuída.⁵²

88.q) Os cinco aposentados realizaram gastos nos processos no âmbito interno e no âmbito internacional perante a Comissão e a Corte.⁵³ Além disso, os representantes das supostas vítimas e seus familiares, CEJIL e CEDAL, realizaram diversos gastos na jurisdição interamericana.⁵⁴

⁵⁰ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

⁵¹ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899).

⁵² Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e perícia do senhor Máximo Jesús Atauje Montes prestada perante a Corte em 3 de setembro de 2002.

⁵³ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, folha 1143); cópia do "documento de cobrança" de 9 de novembro de 2001 de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1246); cópia de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica de 21 de fevereiro de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1249); e recibo do Hotel *Confort Inn Gunston Corner* do senhor Javier Mujica pelos dias 4 a 8 de março de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1250).

⁵⁴ Cf. relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, folhas 1143 a 1146); cópia do "documento de cobrança" de 9 de novembro de 2001 de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1246); cópia de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica de 21 de fevereiro de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1249); recibo do Hotel *Confort Inn Gunston Corner* do senhor Javier Mujica pelos dias 4 a 8 de março de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1250); recibo de "Panorama Viagens/Turismo S.A." a respeito dos gastos de alojamento da senhora María C. Galvis pelos dias 21, 22 e de 24 a 27 de abril de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1251); e cópia de um bilhete aéreo da senhora María Clara Galvis de 8 de agosto de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1252).

89. FATOS ESPECÍFICOS EM RELAÇÃO A CADA APOSENTADO

Carlos Torres Benvenuto

89.a) O senhor Torres Benvenuto começou a trabalhar na SBS em 1950, e em 29 de dezembro de 1986 parou de trabalhar nesta instituição.⁵⁵ O último cargo que ocupou na SBS foi o de Diretor Geral de Comunicações.⁵⁶ No momento de sua aposentadoria foram reconhecidos 36 anos, 11 meses e 13 dias de serviços prestados à Administração Pública.⁵⁷ Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.⁵⁸

89.b) Mediante resolução administrativa da SBS de 13 de fevereiro de 1992, a pensão de aposentadoria do senhor Torres Benvenuto foi reajustada em um valor total de S/. 2.086,00 (dois mil e oitenta e seis soles), valor este que recebeu mensalmente até agosto de 1992.⁵⁹ A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 75%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio nem qualquer procedimento.⁶⁰

89.c) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Torres Benvenuto impetrou um mandado de segurança contra a SBS.⁶¹ Em 7 de janeiro de 1993, o 11º Juízo Civil de Lima declarou sem fundamento o mandado de segurança impetrado.⁶² Em 22 de setembro de 1993, a Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito a ação impetrada.⁶³ Em 2 de maio de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça “declar[ou] ganho de causa

⁵⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); e testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002.

⁵⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66).

⁵⁷ Cf. nota 54 *supra*.

⁵⁸ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205).

⁵⁹ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito do Diretor de Relações Trabalhistas da SBS de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Carlos Torres Benvenuto a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folhas 138 e 139).

⁶⁰ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento da SBS de agosto de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folha 140); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 154); e planilha de pagamento da SBS de outubro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 155).

⁶¹ Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 327 a 342).

⁶² Cf. decisão do 11º Juízo Civil de Lima emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 389 a 391).

⁶³ Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 22 de setembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 387 e 388).

à ação de mandado de segurança impetrada pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a Superintendência de Bancos e Seguros; em consequência, [ordenou] que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpr[isse] o pagamento ao autor da pensão que vinha recebendo conforme a lei".⁶⁴ Na fase de Execução de sentença o 19º Juízo Especializado Civil de Lima emitiu uma Resolução em 3 de novembro de 1994, na qual ordenou que "a Superintendência de Bancos e Seguros exped[isse] a Resolução ou Resoluções Administrativas que [fossem] requeridas, dirigidas a restituir o direito do demandante de receber as remunerações e reembolsos conforme a Ordem de Execução Suprema antes referida e que o Ministério de Economia e Finanças através de seu Escritório Geral de Administração cumpr[isse] a efetuar os pagamentos requeridos".⁶⁵

89.d) Em 7 de abril de 1995, a SBS, mediante Resolução administrativa nº 283-95, resolveu "[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de data 94.05.02, e em fase de execução de sentença ao ordenado pelo Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante resolução de data 94.11.03, o valor de pensão que corresponde receber o senhor Carlos Torres Benvenuto com as remunerações que recebiam os servidores ativos desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar os reembolsos correspondentes, na forma e modo que se indicam no anexo [...] que forma parte integrante da [...] Resolução".⁶⁶

89.e) O senhor Torres Benvenuto interpôs uma ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros e o Superintendente Adjunto de Administração Geral da SBS.⁶⁷ Em 10 de agosto de 1999, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima declarou com mérito a referida ação de cumprimento.⁶⁸ Em 29 de fevereiro de 2000, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a decisão anterior e declarou improcedente a demanda de ação de cumprimento.⁶⁹ Por último, em 3 de agosto de 2000, o Tribunal Constitucional do Peru declarou com mérito a ação de cumprimento "na parte que dispõe que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpra o disposto na Resolução SBS nº 283-95 de sete de abril de 1995; e improcedente no extremo referido ao pagamento das devoluções e juros acumulados."⁷⁰

⁶⁴ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160).

⁶⁵ Cf. ofício nº 914-94-DNJCL/JNLA de 16 de janeiro de 1995 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Superintendente de Bancos e Seguros, mediante o qual lhe solicita que dê cumprimento à resolução de 3 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 37, folhas 161 a 164).

⁶⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193).

⁶⁷ Cf. nota 68 *infra*.

⁶⁸ Cf. nota 68 *infra*.

⁶⁹ Cf. nota 68 *infra*.

⁷⁰ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru de 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205).

89.f) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 250-2002, na qual, *inter alia*, resolveu “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 283-95, de 7 de abril de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Carlos Torres Benvenuto, as quantias que o Ministério de Economia e Finanzas lhe [tiver] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] a deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 283-95, de 7 de abril de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”⁷¹

89.g) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Torres Benvenuto a quantia determinada na resolução administrativa nº 250-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.⁷² Em março de 2002, a pensão nivelada foi restabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Torres Benvenuto recebeu o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 22.552,80 (vinte e dois mil, quinhentos e cinquenta e dois soles e oitenta centavos).⁷³

Javier Mujica Ruiz-Huidobro

89. h) O senhor Mujica Ruiz-Huidobro começou a trabalhar na SBS em 1940, e em 1º de agosto de 1983 parou de trabalhar nesta instituição.⁷⁴ O último cargo que ocupou na SBS foi o de Gerente Geral de Créditos da Área Bancária.⁷⁵ No momento

⁷¹ Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978).

⁷² Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

⁷³ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978).

⁷⁴ Cf. escrito de 15 de julho de 1940, mediante o qual foi transmitida ao senhor Javier Mujica a Resolução da SBS nº 325 de 15 de julho de 1940 (expediente de anexos à demanda, anexo 11, folha 67); e resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68).

⁷⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68).

de sua aposentadoria foram reconhecidos 43 anos e 15 dias de serviços prestados à Administração Pública.⁷⁶ Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.⁷⁷

89.i) O valor da pensão de aposentadoria que lhe foi pago em junho de 1992 foi de S/. 2.258,67 (dois mil duzentos e cinquenta e oito soles e sessenta e sete centavos).⁷⁸ A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 77%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.⁷⁹

89. j) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Mujica Ruiz-Huidobro interpôs um mandado de segurança contra a SBS.⁸⁰ Em 7 de janeiro de 1993, a ação de mandado de segurança impetrada foi rejeitada.⁸¹ Em 12 de novembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a sentença anterior e declarou com mérito a ação interposta.⁸² Em 1º de setembro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça “declar[ou] com mérito o mandado de segurança impetrado[...] pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a Superintendência de Bancos e Seguros e, em consequência, orden[ou] que a demandada devolve[sse] a pensão ao autor de acordo com o Decreto Lei nº 20.530”.⁸³ Na fase de execução de sentença o 19º Juízo Civil de Lima emitiu uma Resolução em 3 de janeiro de 1995, na qual “orden[ou] que a Superintendência de Bancos e Seguros bem como o Ministério de Economia e Finanças, d[esses]m cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de data 94-09-01 e pag[assem] ao aposentado senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro, sua renda mensal que recebia, bem como a devolução correspondente ao que deixou de receber”.⁸⁴

89. k) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 330-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto pela Ordem de Execução Suprema de 94.09.01, e em fase de execução de sentença a ordem do juiz do Décimo Juízo Civil mediante Resolução nº 1, de data 95.01.03, o valor da pensão que corresponde

⁷⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195).

⁷⁷ Cf. resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

⁷⁸ Cf. planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 148).

⁷⁹ Cf. nota 78 *infra*.

⁸⁰ Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 343 a 358).

⁸¹ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165); escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 19); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 173).

⁸² Cf. nota 79 *supra*.

⁸³ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165).

⁸⁴ Cf. nota 83 *infra*.

ser paga ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro com as remunerações que recebiam os servidores ativos desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução”.⁸⁵

89. l) O senhor Javier Mujica Petit interpôs, em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro, uma ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros da SBS.⁸⁶ Em 13 de maio de 1997, o Segundo Juízo Especializado em Direito Público de Lima declarou com mérito a ação de cumprimento.⁸⁷ Foi apresentado um recurso de apelação contra a decisão anterior e, em 13 de outubro de 1997, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima “revogou a [decisão] apelada e a reformou declarando-a improcedente”.⁸⁸ Por último, em 9 de julho de 1998, o Tribunal Constitucional do Peru revogou a resolução expedida pela mencionada Vara Empresarial e declarou com mérito a ação de cumprimento, de maneira que dispôs “que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpra o disposto na Resolução SBS nº 330-95 de data quatro de maio de 1995”.⁸⁹

89. m) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 253-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 330-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Javier Mujica Ruiz Huidobro, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 330-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”⁹⁰

89. n) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Mujica Ruiz-Huidobro a quantia determinada na resolução administrativa nº 253-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro

⁸⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195).

⁸⁶ Cf. nota 87 *infra*.

⁸⁷ Cf. sentença nº 10 do Segundo Juízo Especializado em Direito Público de Lima, emitida em 13 de maio de 1997, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 464 a 467).

⁸⁸ Cf. nota 87 *infra*.

⁸⁹ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 9 de julho de 1998, publicada no Diário Oficial El Peruano de 16 de outubro de 1998, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folhas 206 a 208 e expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 da contestação à demanda, folha 412).

⁹⁰ Cf. resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.⁹¹ Em março de 2002, a pensão nivelada foi restabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Mujica Ruiz-Huidobro recebeu periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 23.391,20 (vinte e três mil trezentos e noventa e um soles e vinte centavos).⁹²

Guillermo Álvarez Hernández

89.o) O senhor Álvarez Hernández começou a trabalhar na Administração Pública em 1948 e parou de trabalhar na SBS em 1º de agosto de 1984.⁹³ O último cargo que ocupou em tal instituição foi o de Assessor Administrativo da Alta Direção.⁹⁴ No momento de sua aposentadoria, foram reconhecidos 36 anos e 4 meses de serviços prestados à Administração Pública.⁹⁵ Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.⁹⁶

89. p) Mediante resolução administrativa da SBS de 13 de fevereiro de 1992, foi reajustada a pensão de aposentadoria do senhor Álvarez Hernández em um valor total de S/. 2.047,26 (dois mil e quarenta e sete soles e vinte e seis centavos).⁹⁷ Em 18 de junho de 1992 a SBS lhe pagou a título de pensão S/. 2.047,26 (dois mil e quarenta e sete soles e vinte e seis centavos).⁹⁸ A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 75%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.⁹⁹

⁹¹ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

⁹² Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

⁹³ Cf. resolução administrativa SBS nº 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71).

⁹⁴ Cf. nota 91 *supra*.

⁹⁵ Cf. nota 91 *supra*.

⁹⁶ Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

⁹⁷ Cf. escrito do Diretor de Relações Trabalhistas de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Guillermo Álvarez Hernández a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folhas 149 e 150).

⁹⁸ Cf. planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151).

⁹⁹ Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 156); e mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371).

89. q) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Álvarez Hernández impetrou um mandado de segurança contra a SBS.¹⁰⁰ Em 6 de janeiro de 1993, o 11º Juízo Civil de Lima declarou sem fundamento a ação de mandado de segurança impetrada.¹⁰¹ Em 12 de novembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito a ação impetrada.¹⁰² Foi interposto um recurso de nulidade contra a sentença anterior e, em 19 de setembro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça resolveu que não havia nulidade na referida sentença e “declar[ou] com mérito o mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández contra a Superintendência de Bancos e Seguros, e, em consequência, [ordenou] que a entidade demandada deposit[asse] ao ator o valor integral de sua pensão estabelecida na Resolução Administrativa SBS nº 200-804”.¹⁰³ Na fase de execução de sentença o 19º Juízo Especializado Civil de Lima emitiu uma Resolução em 19 de dezembro de 1994, na qual “orden[ou] que a Superintendência de Bancos e Seguros, bem como o Ministério de Economia e Finanças d[esses]m cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de 94.09.19 e pag[assem] ao aposentado senhor Guillermo Álvarez Hernández sua aposentadoria mensal que recebia, bem como as devoluções correspondentes aos meses deixados de receber”.¹⁰⁴

89. r) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 331-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem Executória Suprema de data 94.09.19 e, em fase de execução de sentença, a ordem do Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante Resolução nº 1, de 94.12.19, o valor da pensão que corresponde ser pago ao senhor Guillermo Álvarez Hernández com as remunerações que recebiam os trabalhadores desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução”.¹⁰⁵

89. s) O senhor Álvarez Hernández interpôs uma ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros.¹⁰⁶ Em 22 de dezembro de 1999, a Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima declarou com mérito a

¹⁰⁰ Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371).

¹⁰¹ Cf. sentença do 11º Juízo Civil de Lima emitida em 6 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folhas 166 a 168).

¹⁰² Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 12 de novembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 40, folhas 169 e 170).

¹⁰³ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172).

¹⁰⁴ Cf. nota 103 *infra*.

¹⁰⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198).

¹⁰⁶ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215).

ação de cumprimento.¹⁰⁷ Foi interposta uma apelação contra a sentença anterior e, em 8 de setembro de 2000, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a sentença apelada e declarou improcedente a demanda.¹⁰⁸ Em 21 de dezembro de 2000, o Tribunal Constitucional do Peru revogou a decisão expedida pela mencionada Vara Empresarial e “declar[ou] com mérito a ação de Cumprimento e, em consequência, disp[ôs] que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpr[isse] o ordenado pela Resolução SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, descontando os pagamentos que demonstre ter efetuado”.¹⁰⁹ O Procurador Público da SBS formulou uma oposição ao requerimento do Tribunal Constitucional. Por último, em 27 de dezembro de 2001, o Segundo Juízo Especializado em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima declarou improcedente a oposição formulada e ordenou que, “encontrando-se a causa em estado de execução de sentença, o acatamento da decisão constitucional e de obrigatório cumprimento por parte da entidade demandada, que administrativamente realize a nivelção do valor da pensão que corresponde ser paga ao demandante em relação àquela que recebem os trabalhadores da Superintendência de Bancos e Seguros da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários, bem como realizar as devoluções correspondentes”.¹¹⁰

89. t) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 252-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 331-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Guillermo Álvarez Hernández, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto-Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 331-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”¹¹¹

89.u) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Álvarez Hernández a quantia determinada na resolução administrativa nº 252-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro

¹⁰⁷ Cf. sentença nº 27 da Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima emitida em 22 de dezembro de 1999, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 56, folhas 209 a 211).

¹⁰⁸ Cf. sentença da Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 8 de setembro de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 57, folhas 212 e 213).

¹⁰⁹ Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215).

¹¹⁰ Cf. sentença nº 14 do Segundo Juízo Especializado em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 27 de dezembro de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 422 e 423).

¹¹¹ Cf. resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.¹¹² Em março de 2002, a pensão nivelada foi reestabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Álvarez Hernández recebeu o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 22.547,34 (vinte e dois mil quinhentos e quarenta e sete soles e trinta e quatro centavos).¹¹³

Maximiliano Gamarra Ferreyra

89.v) O senhor Gamarra Ferreyra começou a trabalhar na Administração Pública em 1954 e parou de trabalhar na SBS em 18 de setembro de 1975.¹¹⁴ O último cargo que ocupou nesta instituição foi o de Superintendente de Bancos e Seguros.¹¹⁵ No momento de sua aposentadoria foram reconhecidos 20 anos, 10 meses e 20 dias de serviços prestados à Administração Pública.¹¹⁶ O senhor Gamarra Ferreyra se aposentou sob o regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530 e sua viúva se encontra submetida ao regime de pensão de viuvez estabelecido neste decreto-lei.¹¹⁷

89. w) Em agosto de 1992, a SBS pagou a título de pensão de aposentadoria S/. 2.680,33 (dois mil seiscentos e oitenta soles e trinta e três centavos).¹¹⁸ A partir de setembro de 1992 a pensão foi reduzida em aproximadamente 81%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.¹¹⁹

89. x) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Gamarra Ferreyra impetrou um mandado de segurança contra a SBS.¹²⁰ Em 6 de janeiro de 1993, o Juízo Civil de Lima declarou

¹¹² Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

¹¹³ Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

¹¹⁴ Cf. resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

¹¹⁵ Cf. nota 112 *supra*.

¹¹⁶ Cf. nota 112 *supra*.

¹¹⁷ Cf. resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); e Decreto-Lei nº 20.530 "Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados ao Estado não Incluídos no Decreto-Lei nº 19.990" de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

¹¹⁸ Cf. sentença nº 3023 da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 30 de dezembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 185 e 186).

¹¹⁹ Cf. nota 116 *supra*.

¹²⁰ Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 da contestação à demanda, folhas 372 a 381).

improcedente a ação de mandado de segurança impetrada.¹²¹ Em 30 de dezembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito o mandado de segurança.¹²² Em 10 de outubro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça declarou que não havia nulidade na sentença emitida pela Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima que declarou com mérito o mandado de segurança impetrado; e “em consequência dispôs que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpr[isse] em pagar ao autor a pensão de aposentadoria no valor que vinha recebendo até o mês de agosto de 1992”.¹²³ Na fase de execução de sentença, em 19 de dezembro de 1994, o 19º Juízo Especializado Civil de Lima remeteu à SBS a resolução adotada por este Juízo, na qual assinalou que “as autoridades [...] estão obrigadas a acatar e dar cumprimento às decisões judiciais, sem poder qualificar seu conteúdo e seus fundamentos” e dispôs que “[fosse dado trâmite do] ofício à Superintendência de Bancos e Seguros; bem como ao Ministério de Economia e Finanças, para que proced[essem] a dar cumprimento ao ordenado na Ordem de Execução Suprema de dez de outubro de 1994 e cumpr[issem] em pagar ao demandante sua aposentadoria mensal que recebia, bem como as devoluções correspondentes aos meses deixados de receber a que têm direito”.¹²⁴

89. y) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 332-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem Executória Suprema de 94.10.10 e, em fase de execução de sentença, à ordem do Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante Resolução nº 1, de 94.11.22, o valor da pensão que corresponde ser paga ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra com as remunerações que recebiam os trabalhadores desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indicam no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução.”¹²⁵

89. z) O senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra faleceu em 6 de agosto de 1997.¹²⁶ Sua viúva é a senhora Sara Elena Castro Remy¹²⁷ e suas filhas são Patricia Elena e Sara Esther Gamarra Castro.¹²⁸

¹²¹ Cf. nota 120 *infra*.

¹²² Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 30 de dezembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 185 e 186).

¹²³ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

¹²⁴ Cf. ofício de 19 de dezembro de 1994 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Chefe da Superintendência de Bancos e Seguros, mediante o qual profere a resolução de 22 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 49, folha 190).

¹²⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53, folhas 199 a 201).

¹²⁶ Cf. certidão de óbito emitida pelo Registro Nacional de Identificação e Estado Civil do Peru, a respeito do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 59, folha 216).

¹²⁷ Cf. certidão de casamento nº 591 de 1º de setembro de 1962, celebrado entre o senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra e a senhora Sara Elena Castro Remy (expediente de anexos à demanda, anexo 60, folha 217).

¹²⁸ Cf. certidão de nascimento nº 1752 de 1º de março de 1967, emitida pelo Conselho Provincial de Lima, Seção de Nascimento do Registro do Estado Civil, a respeito da senhora Patricia Elena Gamarra Castro

89. aa) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 251-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 332-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe [tivesse] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto-Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 332-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto-Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”¹²⁹

89. bb) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou à viúva do senhor Gamarra Ferreyra a quantia determinada na resolução administrativa nº 251-2002, correspondente aos valores das pensões de aposentadoria niveláveis deixados de receber pelo senhor Gamarra Ferreyra desde novembro de 1992 até outubro de 1997, e aos valores das pensões de viuvez deixadas de receber pela senhora Sara Elena Castro Remy desde novembro de 1997 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.¹³⁰ Em março de 2002 a pensão nivelada foi reestabelecida e, a partir de abril de 2002, a viúva do senhor Gamarra Ferreyra recebeu periodicamente o pagamento nivelado das pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de viuvez de aproximadamente S/. 25.762,50 (vinte e cinco mil setecentos e sessenta e dois soles e cinquenta centavos).¹³¹

Reymert Bartra Vásquez

89. cc) O senhor Bartra Vásquez começou a trabalhar na Administração Pública em 1964 e em 13 de junho de 1990 parou de trabalhar na SBS.¹³² O último cargo que ocupou em tal instituição foi o de Assessor Técnico da Superintendência Adjunta de Entidades Especializadas.¹³³ No momento de sua aposentadoria lhe foram reconhecidos

(expediente de anexos à demanda, anexo 61, folha 218); e certidão de nascimento nº 3927 de 26 de junho de 1963, emitida pelo Conselho Provincial de Lima, Seção de Nascimentos do Registro do Estado Civil, a respeito da senhora Sara Esther Gamarra Castro (expediente de anexos à demanda, anexo 62, folha 219).

¹²⁹ Cf. resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

¹³⁰ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898); e resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

¹³¹ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

¹³² Cf. resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73).

¹³³ Cf. nota 130 *supra*.

25 anos, 10 meses e 26 dias de serviços prestados à Administração Pública.¹³⁴ Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.¹³⁵

89. dd) O valor da pensão por aposentadoria que lhe foi pago em 21 de fevereiro de 1992 foi de S/. 2.700,74 (dois mil e setecentos soles e setenta e quatro centavos).¹³⁶ De abril a outubro de 1992, foi suspenso o pagamento a título de pensão, sem prévio aviso nem procedimento algum e, a partir de novembro daquele ano, a pensão foi reduzida em aproximadamente 81%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles).¹³⁷

89. ee) Em 1º de julho de 1992, o senhor Bartra Vásquez impetrou um mandado de segurança contra a SBS.¹³⁸ Em 7 de agosto de 1992, o 26º Juízo Civil de Lima ordenou, como medida cautelar que a SBS pagasse a pensão de aposentadoria a que tinha direito o demandante.¹³⁹ A decisão anterior foi apelada e, em 14 de setembro de 1992, a Segunda Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima confirmou a medida cautelar ordenada.¹⁴⁰ A SBS pagou ao senhor Bartra Vásquez as pensões correspondentes aos meses em que havia suspenso os pagamentos, mas reduzindo o montante a S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles).¹⁴¹ Em 7 de janeiro de 1993, o Juízo Civil de Lima de primeira instância declarou com mérito o mandado de segurança impetrado e ordenou à SBS que "cumpr[isse] em restituir ao demandante Reymert Bartra Vásquez a pensão de aposentadoria que lhe corresponde legalmente".¹⁴² A referida sentença emitida pelo Juízo Civil de Lima de primeira instância foi apelada e, em 29 de outubro de 1993, a Segunda Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima confirmou a decisão que declarou com mérito o mandado de segurança.¹⁴³ Em 28 de junho de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça declarou que não havia nulidade na sentença emitida

¹³⁴ Cf. nota 130 *supra*.

¹³⁵ Cf. resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

¹³⁶ Cf. planilha de pagamento da SBS de fevereiro de 1992, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folha 153).

¹³⁷ Cf. mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 perante o Vigesimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175); resolução do Juízo Civil de Lima de primeira instância emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folhas 178 a 180); planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

¹³⁸ Cf. mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 perante o Vigésimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175).

¹³⁹ Cf. escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 20); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folhas 170 e 174).

¹⁴⁰ Cf. nota 137 *supra*.

¹⁴¹ Cf. nota 137 *supra*.

¹⁴² Cf. sentença do Juízo Civil de Lima de primeira instância emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folhas 178 a 180).

¹⁴³ Cf. sentença da Segunda Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 29 de outubro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 45, folhas 181 e 182).

pela Segunda Sala Civil da Corte Superior de Lima, declarou com mérito o mandado de segurança impetrado e, em consequência, ordenou que a SBS “cumpr[isse] em restituir ao autor a pensão de aposentadoria que lhe correspond[ia] legalmente”.¹⁴⁴

89. ff) Em 14 de junho de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 391-95, resolveu nivelar o valor da pensão do senhor Bartra Vásquez, “tomando em conta para tanto as remunerações que se pagam aos trabalhadores da Superintendência, ordenando pagar ao beneficiário as devoluções correspondentes, na forma que se detalha no anexo que [...] forma parte integrante do mesmo ato administrativo”.¹⁴⁵

89. gg) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 254-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 391-95, de 14 de junho de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Reymert Bartra Vásquez, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto-Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta Resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 391-95, de 14 de junho de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto-Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas”.¹⁴⁶

89. hh) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Bartra Vásquez a quantia determinada na Resolução administrativa nº 254-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.¹⁴⁷ Em março de 2002, foi restabelecida a pensão nivelada e, a partir de abril de 2002, o senhor Bartra Vásquez recebeu periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão de aproximadamente S/. 13.281,24 (treze mil duzentos e oitenta e um soles e vinte e quatro centavos).¹⁴⁸

¹⁴⁴ Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184).

¹⁴⁵ Cf. nota 144 *infra*.

¹⁴⁶ Cf. resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

¹⁴⁷ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

¹⁴⁸ Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS

VII
VIOLAÇÃO DO ARTIGO 21
(DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA)

Alegações da Comissão

90. Quanto ao artigo 21 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a) o Estado violou esta norma ao diminuir, em detrimento das supostas vítimas, mediante uma lei, o valor das pensões niveladas que recebiam como aposentadoria. No presente caso, o direito a receber uma pensão por aposentadoria calculada de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas, é um bem que ingressou ao patrimônio das supostas vítimas e por isso gozavam de todas as garantias estabelecidas no artigo 21 da Convenção;

b) quando as supostas vítimas deixaram de trabalhar na SBS, optaram pelo regime de aposentadorias previsto no Decreto-Lei nº 20.530, e a referida instituição reconheceu o direito a receberem uma pensão de aposentadoria nivelada progressivamente com a remuneração do titular em atividade da SBS que ocupasse o mesmo posto ou função análoga à que eles desempenhavam na data de sua aposentadoria. Tal direito adquirido apenas podia ser modificado pelo Estado, em prejuízo dos cinco aposentados, com respeito aos parâmetros estabelecidos no artigo 21 da Convenção. Segundo esta norma, uma redução será violatória do direito à propriedade se for substancial, tal como ocorreu no presente caso, no qual a redução foi de aproximadamente 80% do valor das pensões; e

c) para interpretar o alcance do conteúdo do direito à propriedade estabelecido no artigo 21 da Convenção, é relevante tomar em consideração o que estabelece o artigo 29. b) deste tratado. A Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição Política do Peru de 1993 reconheceu o caráter de direito adquirido às pensões dos trabalhadores públicos, e o Tribunal Constitucional estabeleceu que o direito a uma pensão nivelável estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530 constitui um direito adquirido.

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

91. Em relação ao artigo 21 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:

a) as pensões das supostas vítimas foram niveladas de acordo com o regime do Decreto-Lei nº 20.530, cada vez que se modificava a escala de remunerações de seus homólogos em atividade na SBS, até que, em setembro de 1992, as supostas vítimas foram privadas de forma ilegal e inconstitucional dos recursos econômicos que representavam suas pensões completas, niveladas. A redução das pensões se

nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

realizou primeiro como uma “retenção de fato” e depois foi supostamente “legalizada” através da aplicação retroativa de “limites máximos de aposentadorias”, estabelecidos em novembro de 1992 pelo Decreto-Lei nº 25.792, o que significou uma diminuição substantiva no patrimônio dos cinco aposentados e teve “conotações de confisco”;

b) a redução das pensões não se baseou em uma decisão estatal fundamentada em razões de utilidade pública ou de interesse social e, “ainda na hipótese negada de que assim houvesse sido, a decisão estatal orientada a este fim não se tramitou conforme as formas estabelecidas na lei e nas regras do devido processo legal”. Tampouco existe constância de que tal limitação tenha sido baseada em “algum critério de razoabilidade”, isto é, que respondesse a um fim legítimo, “que representasse os interesses da sociedade e não alterasse a substância dos direitos temporariamente lesados”. A afetação do direito à propriedade privada se realizou fora do âmbito de permissividade contemplado na Convenção;

c) o Estado se obrigou a administrar adequadamente o Fundo de Pensões administrado pela SBS – ao qual os cinco aposentados realizaram suas contribuições – e garantir o pagamento futuro de suas pensões dentro do regime previdenciário regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530. Ao se aposentarem da SBS e optarem por usufruir da pensão nivelada, as supostas vítimas assumiram a condição de credores do Estado, que – através da SBS – assumiu a condição de devedor destes, de modo que se encontrava obrigado a pagar-lhes mensalmente uma pensão nivelada “com a remuneração de seus homólogos em atividade, que desempenhassem a mesma ou análoga função à que tais aposentados realizaram enquanto se encontravam em atividade”. A “redução unilateral” das pensões das supostas vítimas “constituiu uma expropriação ilegítima e indevida de um patrimônio do qual eram credores e legalmente era de sua propriedade”;

d) a Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição Política do Peru de 1993 estabeleceu que os direitos legalmente reconhecidos em matéria previdenciária são direitos adquiridos, não suscetíveis de diminuição pelo estabelecimento de modificações adicionais nos regimes previdenciários, e o Tribunal Constitucional afirmou que o direito a uma pensão nivelada, regulamentado no Decreto-Lei nº 20.530, constitui um direito adquirido. Com base no critério estabelecido no artigo 29. b) da Convenção, o caráter de direito adquirido das pensões dos trabalhadores sujeitos ao regime de pensões do Decreto-Lei nº 20.530 forma parte do conteúdo do direito à propriedade privada garantido pelo artigo 21 da Convenção; e

e) “até 1990, e de acordo com o disposto em diversas normas que reabriram o regime de pensões regulamentado pelo DL 20.530, bem como as disposições dos Tribunais Administrativos correspondentes, [a] acumulação [de serviços prestados à administração estatal sob os regimes trabalhistas dos setores público e privado] foi invariável e regularmente aplicada pela administração estatal, incluindo a própria Superintendência de Bancos e Seguros”.

Alezações do Estado

92. Com respeito ao artigo 21 da Convenção, o Estado afirmou que na demanda se solicitou à Corte que declarasse que o Peru é responsável pela violação deste artigo por ter diminuído o valor das pensões niveladas em prejuízo dos cinco aposentados, "mediante lei, (aparentemente o Decreto Lei nº 25.792)". A este respeito, o Peru afirmou que o referido Decreto-Lei nº 25.792 foi derogado por meio da Lei nº 27.650, publicada em 23 de janeiro de 2002, e acrescentou as seguintes alegações:

a) a derrogação da mencionada norma "não introduz maiores mudanças à situação dos aposentados [,] salvo no referente a que o pagamento de suas pensões se dará por conta da Superintendência de Bancos e Seguros mas sem que se produza uma alteração quanto ao valor recebido, já que a mencionada derrogação lhes outorga um direito distinto ao que lhes corresponde [,] que é receber sua pensão renovável em função de uma referência do sistema do Decreto-Lei nº 20.530 e não a de um trabalhador que estivesse sujeito ao regime trabalhista da atividade privada";

b) é incorreto o afirmado na demanda, no sentido de que o Decreto-Lei nº 25.792 foi o argumento legal do Estado para desconhecer o direito adquirido pelos cinco aposentados a receber uma pensão vinculada à remuneração do titular em atividade que ocupava o mesmo posto ou função análoga à que desempenhavam os aposentados no momento em que deixaram de trabalhar para a SBS. A referida norma "é posterior à redução que se materializou por parte da Superintendência de Bancos e Seguros e que foi regularizada com o pagamento das devoluções";

c) as pensões concedidas às supostas vítimas "eram as que lhes correspondiam como aposentados do regime do Decreto-Lei nº 20.530". Por outro lado, o Decreto-Lei nº 25.792 não impôs limites máximos às pensões "já que os limites existiram desde antes desta norma legal". A segunda parte do artigo 5º da referida norma "não continha nenhum efeito limitador que não estivesse consignado em diversas normas" e na Constituição Política; "não afetava os cinco aposentados, pois não fazia nada além de ratificar que suas pensões estavam relacionadas, para efeitos de sua homologação, ao pessoal do regime de trabalhadores públicos". Quando o Estado determinou limites máximos o fez através de disposições legais claras e precisas, nas quais se afirmaram a pensão máxima que se podia conceder, por exemplo, na Lei de Orçamento de 1991 e prorrogada no ano 1992;

d) não existia nenhum inconveniente legal ou constitucional para que, mediante o Decreto-Lei nº 25.792, fosse ordenado que o pagamento das pensões fosse transferido ao MEF, "já que o Estado se encontra facultado a indicar qu[al] dependência paga as pensões dos aposentados e isso se [realizou] tendo em conta que a Superintendência de Bancos e Seguros tinha um regime de pessoal próprio dos trabalhadores do setor privado e seus trabalhadores e funcionários não estavam dentro dos alcances do regime previdenciário da Lei nº 20.530 [,] como sim estavam os aposentados por ser este o regime sob o qual trabalharam e contribuíram ao correspondente fundo de pensões". Ademais, não é certo o afirmado pela Comissão na demanda, no sentido de que o Decreto-Lei nº 25.792 foi emitido como uma reação aos mandados de

segurança interpostos, já que com anterioridade à interposição destas ações foram emitidas outras normas similares ao Decreto-Lei nº 25.792, com o objetivo de corrigir as distorções que se haviam produzido no sistema previdenciário peruano;

e) “desde certa perspectiva, po[de]-se considerar que o fato de ter ocorrido um corte nas pensões dos cinco aposentados é uma situação contrária à lógica previdenciária. Entretanto, é necessário destacar que tais atos foram produzidos em aplicação de normas legais que foram inclusive consideradas como Constitucionais – ainda que posteriormente teria sido possível realizar uma variação de critério”;

f) “a infração de uma norma legal não necessariamente deve ser qualificada como uma violação de direitos humanos”; “para qualificar qualquer fato como violatório de direitos humanos, requer-se que este tenha sido cometido com intencionalidade e existindo sem dúvida um *animus nocendi*. Estes requisitos não ocorreram neste caso porquanto a existência de limites máximos, tanto nas remunerações como nas pensões, foi considerada como válida desde o ponto de vista constitucional”. Somado a isso, “deve-se tomar em consideração para explicar certas situações, um estado de necessidade evidente que pudesse ter conduzido a realização de um dos atos de matéria de julgamento (imposição de limites às pensões ou remunerações) [,] como seria uma crise orçamentária impossível de administrar de outra forma; [...] toda legislação tem mecanismos de proteção diante de situações de crise como são a força maior, caso fortuito, lesão e excessiva onerosidade na prestação, [os quais] permitem alterar o cumprimento das obrigações em situações excepcionais”;

g) “o direito de propriedade não está em discussão em um caso como este, devendo-se ter presente que tal direito pode ser subordinado pela lei ao interesse social”. A diminuição no valor da pensão “se deveu ao indicado na Lei de Orçamento da República de 1991, prorrogada para 1992, à qual as supostas vítimas não fizeram nenhuma referência”. Quando foi emitida esta lei, foi apresentado um questionamento ao Tribunal de Garantias Constitucionais, o qual declarou que os limites máximos eram constitucionalmente válidos. Naquele momento se encontrava vigente a Constituição Política de 1979, segundo a qual as pensões “são reajustadas periodicamente, tendo em conta o custo de vida e as possibilidades da economia nacional, de acordo com a lei”;

h) “não foram devidamente esgotados os recursos da jurisdição interna”, em razão de que nem os cinco aposentados nem qualquer outra autoridade estatal questionou os efeitos, constitucionalidade ou aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, “norma legal de cujo descumprimento se acusa ao Estado”;

i) devido a que não foi interposta nenhuma reclamação contra as ações de pagamento de pensões realizadas pelo MEF, em aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, “estas ações se tornaram definitivas. A melhor prova disso é que a pensão que correspondia foi assumida pelo Ministério mencionado até que se derogou o dispositivo legal, passando-se novamente a responsabilidade de pagamento à Superintendência de Bancos e Seguros”. Os cinco aposentados pretendem “projetar os efeitos de sentenças cumpridas a uma nova situação que se apresentou posteriormente, por aplicação de uma norma posterior”;

j) os cinco aposentados trabalharam dentro do regime trabalhista público e nenhum trabalhou sujeito ao regime trabalhista da atividade privada. Por mandato legal e disposição constitucional os serviços prestados em ambos os regimes não são acumuláveis. Os cinco aposentados pretendem "que seja reconhecido um direito que não lhes corresponde", que é a regulamentação ou atualização de suas pensões tomando como referência o salário de um funcionário em atividade da SBS, que pertence a um regime trabalhista e de pensões diferente; e

k) o Estado pagou aos cinco aposentados a reposição das pensões que reclamavam e decidiu "continuar com este pagamento no valor que foi determinado, que não é o que lhes corresponde legalmente, na medida em que não seja revertido por um Juiz Nacional". "[O]s mandados de segurança impetrados pelos aposentados dentro da jurisdição nacional apenas ordenaram a restituição das coisas ao estado anterior à alegada infração, mas não se pronunciaram sobre a procedência do direito reclamado".

Considerações da Corte

93. O artigo 21 da Convenção afirma que:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

94. A Corte observa que no presente caso não existe controvérsia entre as partes sobre se as supostas vítimas têm direito à pensão ou não. Todas estão de acordo em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez, ao terminarem de trabalhar na SBS, obtiveram o direito à pensão por aposentadoria sob o regime estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.¹⁴⁹ A controvérsia entre as partes é a respeito de se os parâmetros utilizados pelo Estado, para reduzir ou recalcular os valores das pensões das supostas vítimas a partir de 1992 configuram uma violação do direito à propriedade delas.

¹⁴⁹ O mencionado Decreto-Lei nº 20.530, intitulado "Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos prestados ao Estado não incluídos no Decreto-Lei nº 19.990", dispõe que: Art.4º – O trabalhador adquire direito à pensão ao alcançar quinze anos de serviços reais e remunerados, se for homem; e doze e meio, se for mulher.

95. Para dirimir a controvérsia entre as partes, a Corte analisará principalmente dois pontos, a saber: a) se o direito à pensão pode ser considerado um direito adquirido e o que isso significa; e b) quais parâmetros devem ter-se em conta para quantificar o direito à pensão, e se este direito pode ser objeto de limites.

96. a) *Primeiro Ponto*. No que se refere a se o direito à pensão é um direito adquirido ou não, esta controvérsia já foi resolvida pela Constituição Política do Peru e pelo Tribunal Constitucional peruano.

97. A este respeito, a Constituição Política do Peru de 1993 afirma em sua primeira Disposição Final e Transitória que:

Os novos regimes sociais obrigatórios, que se estabeleçam sobre matéria de pensões dos trabalhadores públicos, não afetam os direitos legalmente obtidos, em particular o correspondente aos regimes dos Decretos-Leis nº 19.990 e nº 20.530 e suas modificações.¹⁵⁰

98. Ao se referir à anterior norma da Constituição Política, o Tribunal Constitucional do Peru assinalou que:

Uma correta interpretação de tal disposição não pode ser outra que a de consagrar, no âmbito constitucional, os direitos adquiridos em matéria previdenciária pelos aposentados sujeitos aos regimes dos Decretos-Leis nº 19.990 e nº 20.530, entendendo-se como direitos adquiridos “aqueles que adentraram nosso domínio, que fazem parte dele, e dos quais já não nos podem privar aquilo de quem os temos”.¹⁵¹

99. Além disso, o Tribunal Constitucional, mediante sentença proferida em 23 de abril de 1997, afirmou que uma vez que se cumprem os requisitos indicados no Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas complementares, para a concessão da pensão, o trabalhador

[...] incorpora ao seu patrimônio um direito em virtude do mandato expresso da lei, que não está limitado ao reconhecimento da administração, que não é a que de modo algum concede o direito, o qual, como se recordou, nasce do cumprimento dos requisitos estabelecidos na lei. É assim que aqueles que se encontram sob o amparo do regime do Decreto-Lei nº 20.530, que até antes da

¹⁵⁰ Constituição Política do Peru emitida em 29 de dezembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 64, folhas 248 a 289).

¹⁵¹ Sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 23 de abril de 1997, a respeito do expediente nº 008-96-I/TC (expediente de anexos à demanda, anexo 65, folhas 290 a 322).

entrada em vigência do Decreto Legislativo 817 já tivessem cumprido os requisitos indicados pela norma, isto é, ter trabalhado 20 anos ou mais de serviços; têm direito a uma pensão nivelada, conforme dispôs, em sua oportunidade, o Decreto-Lei nº 20.530 e suas modificações.

100. De igual forma, o Tribunal Constitucional peruano assinalou, na sentença antes indicada, que:

Sendo o principal efeito da incorporação ao regime do Decreto-Lei nº 20.530, 1) ter a qualidade de aposentado do mesmo, 2) ter a faculdade de adquirir direito à pensão ao alcançar 15 anos de serviços o homem e 12 e meio a mulher, as mesmas que se regulamentam conforme o estabelecido no artigo 5º do mesmo, e 3) ter o direito a uma pensão nivelada, com os requisitos estabelecidos no Decreto-Lei antes referido, todos estes constituem, então, direitos adquiridos conforme estabelece a Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição vigente.

101. Há de se ter presente também o indicado no artigo 29. b) da Convenção Americana no sentido de que nenhuma disposição desta pode ser interpretada para "limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes..."

102. Nesta ordem de ideias, o artigo 21 da Convenção protege o direito dos cinco aposentados a receber uma pensão de aposentadoria nivelada de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530, no sentido de que se trata de um direito adquirido, de acordo com o disposto na normativa constitucional peruana, ou seja, de um direito que se incorporou ao patrimônio das pessoas.

103. À luz do indicado na Constituição Política do Peru, do disposto pelo Tribunal Constitucional peruano, de acordo com o artigo 29. b) da Convenção – o qual proíbe uma interpretação restritiva dos direitos –, e mediante uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, esta Corte considera que, desde o momento em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez pagaram suas contribuições ao Fundo de Pensões regido pelo Decreto-Lei nº 20.530, deixaram de prestar serviços à SBS e optaram pelo regime de aposentadoria previsto neste decreto-lei, adquiriram o direito a que suas pensões fossem regidas nos termos e condições previstas no mencionado decreto-lei e suas normas conexas. Em outras palavras, os aposentados adquiriram um direito de propriedade sobre os efeitos patrimoniais do direito à pensão, de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530 e nos termos do artigo 21 da Convenção Americana.¹⁵²

¹⁵² A Corte definiu os "bens" (*Caso Ivcher Bronstein*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, par. 122) como "aquelas coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do

104. b) *Segundo Ponto*. Conforme o indicado anteriormente, foi estabelecido que as supostas vítimas têm um direito adquirido ao pagamento de uma pensão e, mais precisamente, a uma pensão cujo valor se nivele com a remuneração recebida pelas pessoas que estejam desempenhando os mesmos ou similares trabalhos aos que elas exerciam no momento de se aposentarem do cargo. Então, a controvérsia se refere a outro ponto. As pessoas que desempenham trabalhos iguais ou similares aos que exerciam os cinco aposentados podem estar submetidas a dois regimes distintos, o de atividade pública e o de atividade privada, e suas remunerações variam, dependendo do regime a que estejam sujeitas, sendo notoriamente mais elevada a remuneração do segundo regime que a do primeiro. Em consequência, a disposição do acordo segundo o qual os cinco aposentados receberão uma pensão equivalente à remuneração do pessoal em atividade, possui uma ambiguidade que precisa ser esclarecida para definir quais são o conteúdo e os alcances do direito adquirido à pensão.

105. A este respeito, é pertinente fazer referência à Lei nº 23.495, chamada “Nivelação Progressiva das Pensões dos Desempregados e dos Aposentados da Administração Pública não submetidos ao Regime do Seguro Social ou a outros Regimes Especiais”, a qual afirma em seu artigo primeiro que:

A nivelação progressiva das pensões dos aposentados com mais de 20 anos de serviços e dos aposentados da Administração Pública não submetidos ao regime do Seguro Social ou a outros regimes especiais, realizar-se-á com a remuneração dos servidores públicos das respectivas categorias em atividade...

106. A Comissão e os representantes das supostas vítimas e seus familiares consideram que o cálculo do valor da pensão a que têm direito os cinco aposentados deve ser feito com base no salário do funcionário ativo da SBS que ocupe o mesmo cargo ou um equivalente ao que ocupava o aposentado no momento da aposentadoria. Por sua vez, o Estado sustenta que este cálculo deve ser feito mediante uma nivelação com o salário de um servidor em atividade da mesma categoria e regime trabalhista (público), que as supostas vítimas tinham no momento de passarem à aposentadoria. O Estado sustenta que a nivelação de uma pensão com base nas remunerações recebidas por trabalhadores sujeitos ao regime trabalhista da atividade privada, não está em concordância com o disposto no Decreto-Lei nº 20.530.

107. Para a análise deste ponto a Corte considera conveniente distinguir duas etapas ou períodos diferentes:

patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corporais e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valor”. Além disso, ver Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Caso Gaygusuz vs. Áustria*, Sentença de 16 de setembro de 1996, Mérito e reparações, pars. 39, 41.

1. Desde o fim das funções a março e agosto de 1992; e
2. Desde a redução das pensões até março de 2002.

a) Primeira Etapa

108. Está provado que a interpretação do Decreto-Lei nº 20.530 efetuada pelo Estado (através de resoluções administrativas da SBS) para realizar o cálculo das pensões desde o término das funções das supostas vítimas até agosto de 1992, com exceção do senhor Reymert Bartra, que foi desde o término de suas funções até março de 1992, nivelou-se sobre a base do salário que recebia a pessoa que desempenhava o mesmo posto ocupado por eles na SBS no momento de aposentar-se, sem importar que a partir de junho de 1981 os servidores desta instituição eram regidos pelo regime trabalhista da atividade privada. É assim como os cinco aposentados receberam uma pensão nivelada nestes termos, da seguinte maneira: o senhor Carlos Torres Benvenuto a recebeu desde janeiro de 1987 até agosto de 1992; o senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a recebeu desde agosto de 1983 até agosto de 1992; o senhor Guillermo Álvarez Hernández a recebeu desde agosto de 1984 até agosto de 1992; o senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra a recebeu desde outubro de 1975 até agosto de 1992, e o senhor Reymert Bartra Vásquez a recebeu desde julho de 1990 até março de 1992.

b) Segunda Etapa

109. Também está provado que a partir de abril (no caso do senhor Bartra Vásquez) e de setembro de 1992 (no caso das demais supostas vítimas), aos cinco aposentados foi reduzido de fato o valor das pensões em aproximadamente 78%. Esta redução foi arbitrária, já que quando as supostas vítimas se apresentaram a retirar suas pensões, receberam uma quantia de dinheiro muito menor à que vinham recebendo, sem que houvesse sido emitida uma resolução ou ato jurídico que autorizasse tal redução. Ante esta situação, as supostas vítimas interpuseram os recursos judiciais correspondentes (pars. 88.h) e 88.l) *supra*).

110. Antes do proferimento das sentenças que se pronunciariam sobre os mandados de segurança impetrados, em outubro de 1992, foi emitido o Decreto-Lei nº 25.792, o qual “[a]utoriza a Superintendência de Bancos e Seguros – SBS – a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários”. No artigo 5 deste decreto-lei se afirmou o seguinte:

Transfira-se ao Orçamento do Ministério de Economia e Finanças a arrecadação das contribuições e a atenção das pensões, remunerações ou similares a que corresponderia pagar por parte da Superintendência de Bancos e Seguros a seus aposentados e demitidos incluídos no regime do Decreto Lei nº 20.530.

Estas pensões, remunerações ou similares terão como referência, inclusive para sua homologação, as que este Ministério paga a seus trabalhadores e funcionários, conforme o Decreto Legislativo nº 276. Em nenhum caso se homologarão ou se referirão às remunerações pagas pela Superintendência de Bancos e Seguros ao pessoal sujeito à atividade privada.

111. A partir de novembro de 1992, à luz do artigo quinto do citado decreto-lei e das interpretações feitas do Decreto-Lei nº 20.530, continuou-se pagando aos cinco aposentados uma pensão de aproximadamente 78% inferior à que receberam nos meses de março a agosto de 1992.

112. Isto é, a partir dos meses de abril e setembro de 1992, e com posterioridade à emissão do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado modificou os parâmetros de determinação do valor da pensão nivelada, reduzindo consideravelmente o valor dos pagamentos mensais que as supostas vítimas vinham recebendo.

113. Como resultado das ações de garantia interpostas pelos cinco aposentados (pars. 88. h) e 88. l), 89.c), 89.e), 89.j), 89.l), 89.q), 89.s), 89.x) e 89.ee) *supra*) foram proferidas cinco sentenças de mandado de segurança em 1994 e três sentenças de cumprimento, expedidas entre 1998 e 2000, que ordenavam continuar pagando a pensão que vinham recebendo antes de ocorrer as reduções já indicadas.

114. A SBS pagou apenas as quantias devidas até outubro de 1992, para o que realizou os cálculos com base no salário recebido por seus funcionários ativos. Entretanto, este foi o único pagamento de pensão nivelada que os aposentados receberam com posterioridade à emissão das sentenças judiciais, até que em março de 2002 esta situação mudou, o que será analisado mais à frente (par. 119 *infra*). Em consequência, o Estado se absteve, durante vários anos, de dar cabal aplicação a estas sentenças.

115. A Corte observa que, mesmo quando os trabalhadores da SBS passaram ao regime da atividade privada (1981) a pensão nivelada podia ter sido determinada de acordo com o salário que recebia um funcionário sujeito ao regime público de nível ou categoria similar ao das supostas vítimas, isto não foi interpretado assim pelas autoridades do Estado. Além disso, foi o próprio Estado quem, desde que estes optaram pelo regime de pensão do Decreto-Lei nº 20.530, lhes reconheceu, mediante atos administrativos, um valor de pensão nivelável de acordo com o salário de um funcionário ativo da SBS. Adicionalmente, e mais importante ainda que isso, ao resolver as ações de mandado de segurança impetradas pelos cinco aposentados, os tribunais internos ordenaram continuar pagando as pensões mensais nos termos em que se vinha fazendo, isto é, nivelando-as com a remuneração recebida pelos funcionários ativos da SBS, que pertencem ao regime de atividade privada. Isto configurou, em benefício dos aposentados, um direito amparado pelas sentenças de segurança, que ao ser desconhecido pelo Estado, os afetou patrimonialmente, violando o artigo 21 da Convenção.

116. Apesar de o direito à pensão nivelada ser um direito adquirido, de acordo com o artigo 21 da Convenção, os Estados podem impor limitações ao gozo do direito de propriedade por razões de utilidade pública ou de interesse social. No caso dos efeitos patrimoniais das pensões (valor das pensões), os Estados podem reduzi-los unicamente pela via legal adequada e pelos motivos já indicados. Por sua vez, o artigo 5º do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado "Protocolo de San Salvador") apenas permite aos Estados estabelecer limitações e restrições ao gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, "mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos". Em toda e qualquer circunstância, se a restrição ou limitação afeta o direito à propriedade, esta deve realizar-se, ademais, de acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 21 da Convenção Americana.

117. Do mesmo modo, ao invés de atuar arbitrariamente, se o Estado queria dar outra interpretação ao Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas, aplicáveis aos cinco aposentados, deveria: a) realizar um procedimento administrativo com pleno respeito às garantias adequadas, e b) respeitar, em todo caso, as determinações que adotaram os tribunais de Justiça em sobreposição às decisões da administração.

118. No presente caso, não se cumpriu nenhuma das duas condições antes mencionadas. A administração mudou, sem esgotar um procedimento adequado, os termos de sua interpretação das normas que regulamentavam a pensão das cinco supostas vítimas e, posteriormente, desconheceu as decisões judiciais às que se fez referência.

119. Um fato significativo ocorrido no presente caso foi a emissão da Lei nº 27.650, publicada em 23 de janeiro de 2002 no Diário Oficial El Peruano, a qual derogou o artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792. Posteriormente, a SBS emitiu cinco resoluções que resolveram pagar às supostas vítimas a pensão que lhes correspondia de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530, deduzindo do cálculo os valores das pensões recebidas entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002. O pagamento feito aos cinco aposentados em março de 2002, três meses depois de apresentada a demanda à Corte, teve como base o salário dos servidores ativos da SBS. Outrossim, as mencionadas resoluções deixaram a salvo o direito da SBS de deduzir contra os cinco aposentados o montante que pudesse ser considerado excessivo, de acordo com a sentença que viesse a ser emitida pela Corte Interamericana. À luz da presente Sentença, esta ressalva das resoluções da SBS não possui nenhum efeito.

120. Este pagamento efetuado pelo Estado das pensões niveladas que correspondiam às supostas vítimas desde que suas pensões haviam diminuído implica que as pretensões da Comissão Interamericana e dos representantes das supostas vítimas e seus familiares a este respeito já foram reconhecidas e cumpridas pelo Estado.

121. A Corte constata, com base em todo o anterior, que o Estado, ao ter mudado arbitrariamente o valor das pensões que as supostas vítimas vinham recebendo e ao não ter dado cumprimento às sentenças judiciais emitidas em razão das ações de mandado de segurança interpostas por estas (Capítulo VIII *infra*), violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez, na medida em que foram violados os direitos reconhecidos nestas sentenças.

VIII VIOLAÇÃO DO ARTIGO 25 (PROTEÇÃO JUDICIAL)

Alegações da Comissão

122. Quanto ao artigo 25 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a) quando a SBS reduziu de fato as pensões que as supostas vítimas vinham recebendo, estas estudaram com seus assessores jurídicos os diversos recursos que a legislação peruana oferecia e determinaram que o meio idôneo para defender seus direitos era impetrar mandados de segurança contra a SBS, órgão estatal que violou seus direitos. Em suas sentenças de 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro e 10 de outubro, todas de 1994, a Corte Suprema de Justiça do Peru ordenou que fossem pagas aos cinco aposentados pensões niveladas à remuneração do titular em atividade que ocupava o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam as supostas vítimas no momento em que deixaram de trabalhar para a SBS. “Isso corrobora que efetivamente os mandados de segurança tentados pelas vítimas eram os recursos idôneos, dentro do sistema de direito peruano, para proteger os direitos que haviam sido violados”. As supostas vítimas não tinham de esgotar nenhum recurso interno contra o Decreto-Lei nº 25.792, emitido depois de que foram impetrados os mandados de segurança. A Corte Suprema de Justiça resolveu os mandados de segurança quase dois anos depois da entrada em vigência do Decreto-Lei nº 25.792 e, tendo pleno conhecimento da existência de um novo regime previdenciário, considerou que no caso das supostas vítimas a SBS deveria pagar as pensões niveladas;

b) a SBS desconheceu as sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru e apenas pagou parcialmente a diferença no valor das pensões. Além disso, a partir de novembro de 1992, o MEF pagou às supostas vítimas uma pensão substancialmente menor à que lhes correspondia. Ademais, a SBS não cumpriu as resoluções administrativas que emitiu em 1995, mediante as quais decidiu acatar as referidas sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru;

c) diante do descumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru, algumas das supostas vítimas interpuseram ações de execução e nas

correspondentes sentenças, proferidas em 9 de julho de 1998, 3 de agosto de 2000 e 21 de dezembro de 2000, o Tribunal Constitucional ordenou que a SBS cumprisse o disposto nas sentenças da Corte Suprema de Justiça;

d) as supostas vítimas também tentaram ações penais, sem conseguir que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional;

e) o Estado violou o direito à tutela judicial efetiva ao descumprir o ordenado pelas referidas sentenças definitivas da Corte Suprema de Justiça do Peru e do Tribunal Constitucional do Peru. O cumprimento das sentenças não pode ficar ao arbítrio da parte que perdeu o litígio, muito menos quando quem perdeu o litígio e um órgão do Estado;

f) ainda que o Estado, em abril de 2002, tenha cumprido as sentenças favoráveis às supostas vítimas emitidas em 1994, o fez condicionado ao que a Corte Interamericana viesse a decidir e se reservou o direito de ação contra os aposentados no suposto de que a Corte Interamericana determine que o valor devido a eles é menor ao valor que o Estado lhes pagou. Esta situação deixa as supostas vítimas em um "estado de total precariedade e incerteza jurídica, perante a vontade declarada do Estado de não acatar de maneira definitiva as sentenças proferidas por seus mais altos tribunais";

g) o Estado "não termina de acatar as sentenças proferidas contra si por seus mais altos tribunais. A diferença é que ao invés de ignorar agora a existência destas sentenças, realizou um pagamento condicionado às vítimas e, de acordo ao indicado na audiência oral no presente caso, pretende agora que [a] Corte determine que a Corte Suprema de Justiça e seu Tribunal Constitucional se equivocaram ao sentenciar contra o Estado, e com isso o Estado recuperar o que pagou às vítimas conforme o disposto nestas sentenças";

h) para que as supostas vítimas tenham segurança jurídica a respeito do cumprimento das sentenças proferidas a seu favor no âmbito interno, é necessário que a Corte Interamericana determine que o Peru deve cumprir, sem condição alguma, as sentenças definitivas passadas em julgado da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional peruanos;

i) não estando em discussão o caráter de coisa julgada das sentenças favoráveis às supostas vítimas emitidas pelos tribunais internos, "nem havendo alegado a Comissão violações às garantias judiciais nos processos através dos quais foram proferidas estas sentenças", o objeto principal do presente caso é que a Corte determine a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento de sentenças transitadas em julgado e executadas, favoráveis às supostas vítimas e proferidas pelos mais altos tribunais peruanos: a Corte Suprema de Justiça do Peru e o Tribunal Constitucional peruano; e

j) em relação ao alegado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares a respeito da ineficácia dos recursos penais que alguns dos aposentados interuseram para tentar o cumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça, o que violou o direito à tutela judicial efetiva consagrado nos artigos 8.1 e 25 da Convenção, considera que "ainda que estas alegações tenham sido feitas pelos petionários em sua petição original perante a CIDH, a Comissão não determinou

a existência de tais alegadas violações nem em seu Relatório de Mérito nem em sua demanda perante a Corte. Entretanto, trata-se de qualificações jurídicas adicionais com respeito aos mesmos fatos que, com base nas provas disponíveis, foram estabelecidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito e na demanda. [...] Comissão considera que tais argumentos [...] podem ser conhecidos pela Honorable Corte em virtude do princípio *iura novit curia*”.

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

123. Em relação ao artigo 25 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:

a) depois de que em março e setembro de 1992 a SBS reduziu de fato as pensões que as supostas vítimas vinham recebendo, estas impetraram mandados de segurança contra a SBS. Esta dedução representou “uma medida de fato, fora de um processo regular no qual a vítima poderia ter exercido seu direito de defesa”. A Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça rejeitou os argumentos da SBS e ordenou a esta que restituísse os direitos previdenciários do regime do Decreto-Lei nº 20.530, os quais haviam sido retirados inconstitucionalmente das supostas vítimas. A SBS devolveu a diferença nominal deixada de receber pelos cinco aposentados durante setembro e outubro de 1992 e se negou a responder pelos valores posteriores, baseada em que, ao ser emitido o Decreto-Lei nº 25.792, desapareceu sua responsabilidade de responder pelo pagamento de tais pensões e o MEF passou a ser o encarregado de pagá-las. Por sua vez, o MEF argumentou que a obrigação de pagar correspondia à SBS porque assim havia sido ordenado pela Corte Suprema e que, supondo que fosse sua obrigação, a SBS não havia transferido as contribuições e recursos necessários para que pudesse realizar tais pagamentos, como ordenava o Decreto-Lei nº 25.792;

b) os cinco aposentados denunciaram penalmente os agentes estatais responsáveis pelo descumprimento das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça, com o objetivo de que fossem investigados e punidos pelo descumprimento. Entretanto, “os recursos penais foram ineficazes para reparar o direito dos aposentados a que fossem cumpridas as sentenças que os favoreciam, com o que se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrado nos artigos 8.1 e 25 da Convenção”;

c) posteriormente, “acabou, de maneira definitiva e infrutífera, o caminho processual da ação de cumprimento, com o saldo de uma Sentença do Tribunal Constitucional igualmente inútil para restituir aos petionários o gozo dos direitos humanos de que haviam sido privados”. Ademais, em 17 de junho de 1997, o Defensor do Povo do Peru emitiu uma resolução por meio da qual requereu à SBS e ao MEF que cumprissem as sentenças da Corte Suprema e do Tribunal Constitucional;

d) a reserva estipulada pela SBS nas cinco resoluções expedidas em 12 de março de 2002, segundo a qual teria a faculdade de reaver dos aposentados os valores no caso de que a Corte Interamericana ordenasse o pagamento de quantias menores às que foram pagas, gerou incerteza nas supostas vítimas, já que não podem dispor com tranquilidade das quantias que lhes foram pagas;

e) o Estado descumpriu durante oito anos as sentenças definitivas proferidas pela Corte Suprema de Justiça em 1994, e pelo Tribunal Constitucional entre 1998 e 2000, mediante as quais ordenou à SBS que restituísse aos cinco aposentados seu direito a desfrutar de uma pensão que se nivelasse de maneira progressiva segundo o regime de pensões regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530, isto é, reajustando-se conforme a remuneração do funcionário em atividade da SBS que desempenhasse a mesma função, ou análoga à que ocupava o aposentado até sua aposentadoria;

f) os argumentos expostos pelo Estado se orientaram a justificar o descumprimento das sentenças através da menção de suas discrepâncias com as decisões judiciais, já que, segundo o Estado, reconhecem direitos de maneira indevida e contêm interpretações errôneas e contraditórias;

g) o descumprimento de sentenças neste caso é muito grave, devido a que "se trata de um desafio à justiça por parte do Poder Executivo peruano, que fundamentado em suas discrepâncias e desacordos com as decisões adotadas, desconheceu e desconhece sentenças definitivas, dos mais altos tribunais do Peru". As decisões dos juízes devem ser questionadas em espaços institucionais, e não mediante vias de fato, tais como a desobediência e rebeldia por parte do próprio Poder Executivo; e

h) é irrelevante se a violação do direito à tutela judicial efetiva se deve à ação ou omissão de uma Superintendência ou de um ministério. O Estado não pode impor aos cidadãos o ônus de dirigir-se à entidade estatal adequada para cumprir as sentenças e conhecer as funções das distintas entidades, muito menos quando o próprio Estado reconhece que suas entidades não possuem pleno conhecimento do que fazem as outras.

Alegações do Estado

124. Com respeito ao artigo 25 da Convenção, o Estado argumentou que:

a) considera que a demanda é improcedente em virtude de que não é possível qualificar "como violação de direitos humanos atos processuais não concluídos pela própria atividade dos aposentados na jurisdição nacional antes da interposição da demanda". No momento de recorrer à Comissão Interamericana, os cinco aposentados "estavam atuando na via interna de maneira que não existia negativa de cumprimento de resoluções judiciais". "[Q]ualquer questionamento à procedência da demanda por não ter sido esgotada a via indicada na jurisdição interna do Peru deve resolver-se conjuntamente com a sentença e com vista da totalidade dos elementos probatórios apresentados pelas partes";

b) os mandados de segurança "foram impetrados contra a SBS, como consequência de uma retificação de um erro de direito no pagamento da pensão". As resoluções da SBS, nas quais se reconheceram as pensões de aposentadoria, indicam que a aposentadoria era relativa a um grau e a um subgrau; entretanto, "em algum momento se produziu um erro de interpretação e passou-se a vincular a pensão ao que recebia um trabalhador do regime trabalhista da atividade privada [... e q]uando se detectou o erro, foi aplicada a medida corretiva do caso";

c) as sentenças da Corte Suprema de Justiça de 1994, emitidas em virtude dos mandados de segurança impetrados em 1992 contra a SBS pela redução das pensões, foram cumpridas oportunamente por esta dependência, a qual pagou as pensões até a data em que deixou de ser responsável pelas mesmas por mandato legal. Não se fez referência alguma ao Decreto-Lei nº 25.792 por ser posterior aos fatos nos quais se sustentaram as demandas que motivaram as sentenças, e quando foram proferidas as referidas sentenças, a responsabilidade de pagar as pensões havia sido trasladada ao MEF por disposição do Decreto-Lei nº 25.792. Não era possível estender ao MEF as obrigações que correspondiam à SBS até a data de entrada em vigência do referido decreto-lei, “sem ter sido determinado expressamente em um processo judicial”. Quando se emitiu o Decreto-Lei nº 25.792 – depois da data de interposição dos mandados de segurança e antes que fossem emitidas as sentenças – “os autores não questionaram o disposto nesta norma nem solicitaram incorporar o Ministério de Economia e Finanças ao processo anterior”. “Por isso não é possível afirmar que existe uma negativa de cumprir estes pronunciamentos (porque já [foram] cumpridos por parte da [SBS]) e não foi interposta nenhuma ação como consequência da Lei nº 25.792”. Não houve um descumprimento de sentenças porque as sentenças “foram cumpridas na medida em que fossem legalmente possíveis em razão de que não se demandou contra o Ministério de Economia e Finanças como correspondia”;

d) “ainda que seja certo que a Superintendência de Bancos e Seguros pertence à estrutura estatal, também integrada pelo Ministério de Economia e Finanças, cada uma delas tem sua própria representação judicial autônoma, situação que obriga a demandá-las expressamente quando lhes é atribuída qualquer conduta não conforme com a lei”. “Não seria aceitável afirmar que pelo fato de ter-se interposto uma demanda contra a [...] Superintendência, todo o Estado peruano tinha conhecimento das reclamações interpostas”;

e) os cinco aposentados “impetraram mandados de segurança contra a Superintendência de Bancos e Seguros, cujo efeito é restituir as coisas ao estado anterior à alegada violação de direitos. É neste momento que se deu por cumprida a execução do ordenado não existindo sentença que ordene o pagamento de soma líquida ou determinada”;

f) nas sentenças correspondentes aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, não se determinaram os valores das pensões que lhes correspondiam, de maneira que o que se produziu foi “uma diferença de interpretação sobre o valor da pensão, tema que apenas pode ser discutido dentro da jurisdição interna e [n]o marco de um processo judicial no qual podem fazer uso de meios probatórios e não em um mandado de segurança”. Se o autor considerava que a pensão que lhe era paga não era a que lhe correspondia, deveria interpor a respectiva ação judicial para que fosse determinado o valor exato da pensão;

g) as três sentenças foram proferidas pelo Tribunal Constitucional depois da denúncia apresentada contra o Peru perante a Comissão Interamericana, e não foram interpostas contra o MEF. “Ao ter-se interposto estas demandas contra quem não correspondia por mandato da lei [...] se impossibilitava sua execução, o que se viu

facilitado pela derrogação da Lei nº 25.792 – recém ocorrida [em 2002], imediatamente depois da qual a [SBS] cumpriu a decisão apesar de que o direito não correspondia aos demandantes". Nas três ações de cumprimento a SBS foi apresentada como ré, e omitiu-se de representar contra o MEF, "o que era impossível juridicamente já que não havia sido parte no primeiro processo";

h) como resultado de um erro jurídico cometido pela SBS – ao expedir uma resolução fora do âmbito de sua competência –, com fundamento em uma ação de cumprimento e a requerimento de funcionários desta dependência, produziu-se o pagamento das pensões tomando como referência o salário dos trabalhadores da SBS que se encontravam dentro do regime da atividade privada. Entretanto, a SBS se reservou "o direito de reaver os fundos, de acordo com a lei", devido a que os cinco aposentados ou seus herdeiros receberam valores milionários a título de devolução que não lhes correspondem, devido a que, para reajustar sua pensão se aplicou uma referência remunerativa que não lhes correspondia;

i) "como consequência dos pronunciamentos judiciais executados dentro dos mandados de segurança [...] os reclamantes estão recebendo uma pensão que não lhes corresponde, consideravelmente superior à dos demais aposentados do país, tendo sido isso causado por terem recorrido a uma via que não é a adequada, na qual não se emitiu um pronunciamento de mérito com respeito à procedência ou não da pensão reclamada, mas apenas que ela devia continuar por ter sido alterada por mandato de uma lei";

j) quanto à existência de procedimentos que permitam a reclamação de direitos fundamentais, existem seis ações de garantia regulamentadas na Constituição. Tais recursos apenas foram utilizados eficientemente em fevereiro de 2002. Além disso, o Peru "garantiu o cumprimento das resoluções criando mecanismos para fazê-las efetivas, não tendo sido demonstrado, como corresponderia de acordo com os princípios do ônus da prova, que tenha interferido de alguma maneira na execução dos referidos pronunciamentos";

k) devido a que não foi iniciada nenhuma ação judicial contra o MEF nem outra dependência estatal pela aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, "é evidente que não foi cumprido o pressuposto fundamental para iniciar uma ação perante a Honorable Corte, por não ter sido esgotada a jurisdição interna, [...] o que implicava ter demandado o Ministério de Economia e Finanças através do Procurador Público respectivo encarregado da defesa do Estado no que se refere às ações deste Ministério". Diante da falta de petição, o referido Ministério "atuou sob o convencimento de que o tratamento que dava às pensões dos aposentados era o correto";

l) as decisões judiciais emitidas nos mandados de segurança têm mecanismos especiais de execução, tais como a sanção ao funcionário obrigado e a eventual responsabilidade civil do mesmo pelo descumprimento. "O uso correto deste mecanismo processual teria assegurado, – como em efeito depois assegurou,– o cumprimento da decisão. Decorre que não se pode acusar o Estado peruano de descumprir sentenças judiciais se não se esgotaram a totalidade dos meios de execução existentes regulamentados pela legislação interna"; e

m) “os aposentados iniciaram diversas ações, entre elas penais, que foram rejeitadas, o que não faz mais do que demonstrar que não foram propostas oportunamente”.

Considerações da Corte

125. O artigo 25 da Convenção afirma que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

126. A Corte já afirmou que:

[...] não basta a existência formal dos recursos, mas estes devem ser eficazes, isto é, devem dar resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção. Este Tribunal indicou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o órgão jurisdicional careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão.¹⁵³

¹⁵³ Cf. *Caso Las Palmeras*. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C Nº 90, par. 58; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, nota 2 *supra*, pars. 111-113; e *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, pars. 89, 90 e 93.

e que:

a proteção da pessoa em face do exercício arbitrário do poder público é o objetivo primordial da proteção internacional dos direitos humanos.¹⁵⁴

127. A análise da suposta violação do artigo 25 da Convenção será realizada com base em três etapas distintas, a saber: a) o pagamento das pensões de abril a outubro de 1992 (a respeito do senhor Bartra Vásquez) e de setembro e outubro de 1992 (a respeito dos outros quatro aposentados); b) de novembro de 1992 a fevereiro de 2002, e c) a que vai de março de 2002 até a atualidade.

a) Primeira Etapa

128. No presente caso, foi estabelecido (pars. 88. h), 89. c), 89.j), 89.q), 89.x), e 89.ee) *supra*) que os cinco aposentados interpuseram diversas ações perante diferentes instâncias judiciais do Peru, com a finalidade de que lhes fossem pagas as pensões que, segundo eles, lhes correspondiam conforme o direito. Como resultado destas demandas, foram proferidas diversas sentenças que ordenaram a SBS a pagar o valor integral da pensão que as supostas vítimas vinham recebendo de acordo com a lei.

129. Por exemplo, nas sentenças foram utilizadas as frases "que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpra o pagamento ao autor da pensão que vinha recebendo conforme a lei"¹⁵⁵ ou "que a demandada pague a pensão ao autor de acordo com o Decreto-Lei vinte mil quinhentos e trinta"¹⁵⁶ ou "que a [Superintendência de Bancos e Seguros] pague ao autor o valor integral de sua pensão estabelecida por Resolução..."¹⁵⁷, entre outras similares.

130. Posteriormente à emissão das sentenças, sucedeu a circunstância de que estas não eram cumpridas, não havia disposição de pagar os valores correspondentes ao percentual de pensões devidas. A SBS atribuía a responsabilidade ao MEF e vice-versa.

131. Entretanto, a SBS cumpriu as sentenças favoráveis aos cinco aposentados quando lhes pagou a diferença do valor das pensões que lhes correspondia da seguinte maneira: aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández e

¹⁵⁴ Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 151 *supra*, par. 89; *Caso Godínez Cruz*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, par. 174; e *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 165.

¹⁵⁵ Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160).

¹⁵⁶ Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165).

¹⁵⁷ Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172).

Gamarra Ferreyra, apenas no que se refere aos meses de setembro e outubro de 1992, enquanto que ao senhor Bartra Vásquez lhe pagou a diferença relativa aos meses de abril a outubro de 1992. Estes pagamentos foram efetuados mediante a realização de depósitos judiciais a favor dos cinco aposentados.

132. À luz do anteriormente exposto, este Tribunal considera que a primeira das fases não merece consideração alguma, posto que neste período foram devolvidos os valores que correspondiam aos aposentados, de acordo com as sentenças dos tribunais internos, a título de pensão nivelada.

b) Segunda Etapa

133. A segunda etapa é a que merece especial atenção, já que foi a partir de novembro de 1992 que a SBS atribuía a responsabilidade pelo pagamento ao MEF e vice-versa. Ademais, o Estado diz que, em virtude da aplicação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, o qual encarregou o MEF da “arrecadação de contribuições e do pagamento das pensões, remunerações ou similares que corresponderia serem pagos por parte da Superintendência de Bancos e Seguros a seus aposentados, pensionistas e demitidos incluídos no regime do Decreto-Lei nº 20.530”, os cinco aposentados deveriam ter demandado não apenas contra a SBS, mas também contra o MEF, e que, em consequência as sentenças não foram descumpridas, posto que a parte demandada, isto é, a SBS, as cumpriu no que lhe correspondia.

134. Em razão do anteriormente exposto, é importante indicar que, na fase de execução de sentença de mandado de segurança, o 19º Juízo Especializado Civil de Lima, mediante decisão de 3 de novembro de 1994, ordenou, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto, que a SBS “exped[isse] a Resolução ou Resoluções Administrativas que correspondessem dirigidas a restituir o direito que assist[ia] ao demandante em receber as remunerações e devoluções conforme a Ordem de Execução Suprema [...] e que o [MEF] através de seu Escritório Geral de Administração cumpr[isse] em efetuar os pagamentos requeridos”. Além disso, nesta decisão o Juízo afirmou que não teria havido boa fé, devido a que “ambas as entidades obrigadas, de forma simultânea e recíproca, atribu[íam] mutuamente a responsabilidade de cumprir a decisão” sem contribuir com “solução alguma ao cumprimento da mesma”.

135. No que se refere à posição do Estado de que o MEF deveria ter sido demandado, este Tribunal considera este alegado improcedente e afirma que, quando a SBS, em 1995, emitiu as correspondentes resoluções que resolviam nivelar as pensões reduzidas das supostas vítimas, no artigo segundo destas decisões dispôs: “Transcreva-se a presente Resolução e anexo ao Ministério de Economia e Finanças para os fins pertinentes”. Mais ainda, as sentenças judiciais foram publicadas no Diário Oficial El Peruano, de modo que o MEF não podia alegar desconhecimento das sentenças para justificar seu descumprimento.

136. É importante indicar que:

[...] a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado Parte no qual semelhante situação tenha lugar. Nesse sentido, deve-se sublinhar que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um dado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de Justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.¹⁵⁸

137. Ademais, o Defensor do Povo do Peru, no relatório intitulado "Descumprimento de Sentenças por parte da Administração Estatal", elaborado em outubro de 1998, afirmou que:

[...] se o cumprimento das sentenças fica condicionado à discricionariedade da Administração, viola-se a própria noção do Estado de Direito e se criam condições para um regime de arbitrariedade e imprevisibilidade, contrário aos princípios constitucionais como a separação de poderes e a autonomia do Poder Judiciário. Por sua vez, rompe-se notoriamente o direito de igualdade que deve assistir às partes no processo, ao condicionar a execução da sentença judicial à vontade de uma destas, paradoxalmente a parte derrotada.

138. Por todo o anteriormente exposto, a Corte considera que nesta etapa houve um claro descumprimento das citadas sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça em 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro e 10 de outubro, todas de 1994, a favor dos cinco aposentados. Em razão de que já existem sentenças emitidas em cumprimento de mandados de segurança,

¹⁵⁸ Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, nota 2 *supra*, par. 113; *Caso Ivcher Bronstein*, nota 150 *supra*, pars. 136 e 137; e *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 do 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 24.

que dão amparo ao *status quo*, o Estado não pode se afastar destas decisões, sob pena de incorrer em violações ao direito à propriedade e à proteção judicial, sem prejuízo do indicado nos parágrafos 116 e 117 da presente Sentença.

c) Terceira Etapa

139. Nesta fase merece destacar-se que o Estado cumpriu as sentenças das autoridades judiciais internas. Em 18 de março de 2002, a SBS executou as resoluções administrativas nº 250-2002, nº 251-2002, nº 252-2002, nº 253-2002 e nº 254-2002, emitidas em 12 de março de 2002 por esta entidade, nas quais decidiu cumprir as sentenças judiciais; isto é, decidiu pagar as pensões a que as supostas vítimas tinham direito de acordo com a lei, deduzindo-se da soma a pagar as quantias que o MEF teria pago aos aposentados, em aplicação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002. Também foi estabelecido que “[d]eixava a salvo o direito da SBS de deduzir, de acordo com a decisão que viesse a emitir a Corte Interamericana de Derechos Humanos, [...] o valor que pudesse resultar excessivo ao dar-se cumprimento [...], caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no [artigo] 53 do Decreto-Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”¹⁵⁹

140. Em consequência, esta etapa não merece maior análise por parte do Tribunal, já que nela foram cumpridas as sentenças emitidas a favor dos cinco aposentados.

141. De todo o anteriormente exposto, este Tribunal considera que o Estado violou o artigo 25 da Convenção Americana, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, ao executar as sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça do Peru apenas depois de quase oito anos de sua emissão.

¹⁵⁹ Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

IX
ARTIGO 26
(DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DOS DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS)

Alegações da Comissão

142. Em relação ao artigo 26 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a) o Estado violou este artigo ao promulgar o Decreto-Lei nº 25.792, o qual "constituiu um retrocesso não justificado com respeito ao grau de desenvolvimento do direito à previdência social que as vítimas haviam alcançado conforme o Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas", de maneira que se impôs um limite substancialmente inferior ao valor da pensão nivelada que as supostas vítimas recebiam. A partir da entrada em vigência do Decreto-Lei nº 25.792, os cinco aposentados passaram a receber aproximadamente uma quinta parte da pensão de aposentadoria que recebiam;

b) a obrigação estabelecida no artigo 26 da Convenção implica que os Estados não podem adotar medidas regressivas com respeito ao grau de desenvolvimento alcançado, sem prejuízo de que em casos excepcionais e por aplicação analógica do artigo 5 do Protocolo de San Salvador, possam justificar-se leis que imponham restrições e limitações aos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que tenham sido promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, e que não contradigam o propósito e a razão de tais direitos"; e

c) o Estado não argumentou nem provou que o retrocesso representado pelo Decreto-Lei nº 25.792 tenha sido causado "com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática", "nem argumentou ou provou nenhuma outra circunstância a este respeito".

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

143. Em relação ao artigo 26 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:

a) de acordo com o disposto neste artigo, o Estado tem o dever de caminhar progressivamente em direção à plena efetividade do direito à previdência social. Esta obrigação implica a "correlativa proibição de regressividade em matéria de reconhecimento do direito à previdência social, salvo em circunstâncias absolutamente excepcionais, razoáveis e justificadas com base no bem comum". A adoção de políticas regressivas, que tenham por objeto ou efeito a diminuição do estado de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, viola o princípio de progressividade;

b) a determinação do alcance deste artigo deve ser feita tendo em conta a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais e de acordo com o princípio *pro homine* estabelecido no artigo 29. b) da Convenção;

c) o conteúdo essencial do direito à previdência social é assegurar a toda pessoa uma proteção contra as consequências da velhice ou de qualquer outra contingência alheia à sua vontade que implique uma privação dos meios de subsistência imprescindíveis, para que possa levar uma vida digna e decorosa. O Peru violou o direito à previdência social ao privar os cinco aposentados dos meios de vida que, na forma de uma pensão nivelada, lhes correspondiam no marco do regime previdenciário ao qual se encontravam legalmente inscritos, e que lhes haviam permitido sufragar até março de 1992 – em um caso – e até setembro do mesmo ano – a respeito dos outros quatro –, a cobertura de suas necessidades vitais mais imediatas e as de suas famílias;

d) a diminuição dos valores de aposentadoria das supostas vítimas “e uma medida regressiva que não foi justificada pelo Estado no contexto do pleno aproveitamento dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Essa medida violou o princípio de progressividade estabelecido no artigo 26 da Convenção, o qual “não pode ser debilitado sob o pretexto da falta de recursos econômicos, muito menos quando se trata de grupos vulneráveis da população como é o dos aposentados e pensionistas”;

e) desde uma perspectiva integral, é claro que as ações adotadas pelo Estado implicaram uma grave violação do direito humano à previdência social, posto que “estas ações – ainda se não tivessem tido como objetivo explícito – tiveram como efeito concreto a imposição de uma situação que os privou dos meios de subsistência que – em sua condição de aposentados e adultos idosos – eram indispensáveis para levar uma vida digna e com decoro”; e

f) solicitam ao Tribunal que determine o conteúdo da cláusula de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais e que estabeleça parâmetros e critérios que demonstrem aos Estados a maneira de cumprir suas obrigações jurídicas e critérios para determinar a maneira em que as medidas regressivas violam as obrigações convencionais. Outrossim, seria “muito útil” que a Corte fixe critérios que permitam ao Estado adotar uma política integral em matéria de previdência social.

Alegações do Estado

144. Com respeito ao artigo 26 da Convenção, o Estado argumentou que:

a) não violou o desenvolvimento progressivo da pensão de aposentadoria das supostas vítimas, já que a pensão que estão recebendo, como consequência das ações judiciais interpostas, “é consideravelmente superior à que lhes corresponderia legalmente se suas pensões tivessem sido regulamentadas de acordo com o regime que lhes correspondia”, isto é, em função das remunerações dos trabalhadores do regime trabalhista da atividade pública e não ao da atividade privada; e

b) este artigo contém uma declaração genérica, que não se pode interpretar com um critério tão extensivo que pretenda sustentar que o pagamento das pensões dentro do regime previdenciário peruano seja absoluto e não possa ser limitado por lei.

Considerações da Corte

145. O artigo 26 da Convenção expressa que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

146. A Comissão Interamericana e os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram o descumprimento do artigo 26 da Convenção Americana, porque o Estado, ao ter reduzido o valor das pensões das supostas vítimas, não cumpriu o dever de dar o desenvolvimento progressivo de seus direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente não lhes garantiu o desenvolvimento progressivo ao direito à pensão.

147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas,¹⁶⁰ se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalente.

148. É evidente que isto é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente rejeitar o pedido de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no âmbito deste caso.

X

ARTIGO 8 (GARANTIAS JUDICIAIS)

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

149. No escrito de petições, argumentos e provas os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção, o qual não foi incluído na demanda apresentada pela Comissão Interamericana. A este respeito, alegaram que:

¹⁶⁰ U.N. Doc. E/1991/23, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, Observação Geral nº 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto), adotada no Quinto Período de Sessões, 1990, ponto 9.

a) diante da violação de seus direitos, os cinco aposentados impetraram mandados de segurança perante os juízes civis de plantão, os quais eram os únicos competentes para conhecer deste tipo de demandas, de acordo com o estabelecido na Lei de *Habeas Corpus* e Amparo. Os referidos juízes conheceram das demandas interpostas e proferiram as respectivas sentenças. Entretanto, em 23 de abril de 1994 foi expedido o Decreto Legislativo nº 817, “Lei do regime previdenciário a cargo do Estado”, no qual se estabeleceu que a partir dessa data todos os processos sobre o regime de pensões dos servidores civis a serviço do Estado regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530 – incluindo os que se encontravam em trâmite – seriam resolvidos exclusivamente pelas Varas Empresariais Transitórias de Direito Público;

b) com a expedição do Decreto Legislativo nº 817, os juízes que vinham conhecendo dos processos de execução das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru em relação aos danos sofridos pelos cinco aposentados foram privados de competência, e essas causas foram transferidas às duas únicas Varas Empresariais Transitórias de Direito Público da cidade de Lima. Ambos os juízes se encontravam “sob responsabilidade de juízes provisórios [...] a respeito dos quais em sua oportunidade a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou serem funcionários questionados por suas decisões antijurídicas”;

c) o Estado não podia designar o conhecimento das causas sobre o regime de pensões de servidores estatais a juízes provisórios. “Por meio da mudança de competência a favor deste tipo de juízes, controláveis pelo executivo (e, portanto, sem a independência exigida no artigo 8.1 da Convenção), buscava-se assegurar decisões que desestimulassem a proposição de mandados de segurança que se resolviam favoravelmente aos aposentados, e afirmaram que as ações de cumprimento não eram a via idônea para o pagamento de somas de dinheiro, pois as decisões tomadas neste tipo de processos não tinham efeitos condenatórios, mas apenas declarativos e que a execução tinha de ser feita por outra via”. Estas decisões dos juízes transitórios desconhecera a natureza das ações de execução de serem recursos simples e rápidos para amparar os cidadãos em face de violações de direitos fundamentais, e com isso prejudicaram os cinco aposentados;

d) com as referidas atuações, o Peru violou o direito dos cinco aposentados a que juízes naturais – juízes civis – determinassem seus direitos de maneira imparcial e independente, sem ingerências do Poder Executivo. “[P]ara que se entenda que um tribunal respeita a garantia do juiz natural, independente e imparcial, este tribunal deve não apenas ter sido estabelecido por uma lei, com anterioridade, mas, além disso, deve ter sido estabelecido de tal maneira que sua capacidade para conhecer do caso que se presente se derive de que este caso seja um daqueles que de maneira geral e abstrata estão previstos pela lei a serem julgados por esse tribunal”;

e) os cinco aposentados denunciaram penalmente os agentes estatais responsáveis pelo descumprimento das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça, com o objetivo de que fossem investigados e punidos pelo descumprimento. Entretanto, “os recursos penais foram ineficazes para reparar o direito dos aposentados a que se cumprissem as sentenças que os favoreciam, com o que se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrada nos artigos 8.1 e 25 da Convenção”;

f) no escrito de 22 de setembro de 2000, apresentado pelo senhor Javier Mujica no procedimento perante a Comissão, foi exposto na parte relativa à violação das garantias judiciais que a referida mudança de competência "constituiu uma grosseira violação do princípio do juiz natural e representou, ademais, uma forma encoberta de designar o caso a juízes que se sabia com antecedência, favoreceriam a posição da SBS". Em 26 do mesmo mês e ano, a Comissão transmitiu ao Estado as partes pertinentes deste escrito, de maneira que este último teve a oportunidade de exercer seu direito de defesa em relação a essa alegada violação;

g) os petionários estão facultados a estender o marco fático apresentado pela Comissão na demanda e incluir outros eventos que foram expostos durante o procedimento perante a Comissão mas que não foram incluídos na demanda;

h) de acordo com o novo Regulamento da Corte, as verdadeiras partes no processo contencioso são os indivíduos demandantes e o Estado e, apenas processualmente, a Comissão. Outrossim, as vítimas têm direito a participar de maneira autônoma no processo internacional, de maneira que podem incluir em sua demanda fatos que não foram incluídos na demanda da Comissão, "sempre que ao Estado tenha sido dada a oportunidade de controvertê-los, fato que pode ocorrer perante a Corte". Caso seja negada tal possibilidade às supostas vítimas se violaria o princípio de igualdade processual; e

i) nenhuma norma da Convenção estabelece que apenas a Comissão ou o Estado determinam o sustento fático sobre o qual deve versar o processo perante a Corte. Uma vez apresentada a demanda pela Comissão, as supostas vítimas e o Estado podem apresentar autonomamente as questões de fato e de direito que considerem necessárias para que a Corte tenha maior clareza para emitir a sentença.

Alegações da Comissão

150. Em relação à alegada violação do artigo 8.1 da Convenção, a Comissão assinalou que:

a) ratifica que o objeto do presente caso é que a Corte determine se o Peru é responsável pela violação dos artigos 21, 25 e 26 da Convenção, em conexão com as obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 deste tratado, pelos fatos expostos na demanda apresentada pela Comissão. O petição da demanda foi efetuado com base nos fatos estabelecidos no Relatório de Mérito emitido pela Comissão de acordo com o artigo 50 da Convenção. O processo perante a Corte deve circunscrever-se aos limites contidos no Relatório de Mérito e na demanda perante a Corte;

b) nem na petição de 1º de fevereiro de 1998 nem em sua ampliação de 25 de maio daquele mesmo ano, os petionários alegaram a violação ao artigo 8 da Convenção, em relação a que o Peru teria mudado a designação de competência aos juízes empresariais transitórios de direito público, para conhecer dos processos relacionados ao regime de pensões dos servidores civis a serviço do Estado, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530. Em consequência, esta alegação não foi

parte do procedimento perante a Comissão Interamericana, de modo que o Estado não apresentou argumentos a respeito nem a Comissão se pronunciou sobre este assunto;

c) do artigo 61 da Convenção se deriva o princípio de que a Comissão ou os Estados partes, ao submeterem um caso perante a Corte, determinam o conteúdo jurídico do processo, isto é, os fatos que devem ser provados pelas partes e analisados pelo Tribunal, bem como os direitos que a Corte deve determinar se foram violados. “A Comissão ou eventualmente um Estado, são os que fixam o objeto do processo perante a Corte e os limites dentro dos quais o tribunal deve decidir”;

d) o pressuposto fático e jurídico que permite um exercício eficaz do direito de defesa do Estado, é que a demanda perante a Corte contenha substancialmente as mesmas conclusões jurídicas e fáticas do Relatório que emita a Comissão, de acordo com o artigo 50 da Convenção. “Caso se aceite que a jurisdição da Corte pode ir além dos fatos que foram objeto do procedimento perante a CIDH e dos artigos que a Comissão encontrou violados em seu relatório artigo 50 e em sua demanda, atentar-se-ia contra os termos de certeza jurídica, equidade processual e congruência”;

e) a prática da Corte tem consistido em indicar que o relatório da Comissão ou sua demanda são os limites das pretensões do caso. Tais limites ao âmbito de decisão do Tribunal “não foram alterados pelas recentes reformas regulamentares [que concedem] representação autônoma aos peticionários”. O Regulamento da Corte dispõe claramente que o processo se inicia por meio da interposição da demanda por parte da Comissão, a qual deve conter, *inter alia*, as pretensões, a exposição dos fatos, os fundamentos de direito e as conclusões pertinentes. Isso significa que na demanda apresentada pela Comissão são fixados os limites do objeto do processo;

f) o Regulamento da Corte estabelece que na contestação à demanda o Estado deve indicar se aceita os fatos e as pretensões ou se os contradiz, e que a Corte poderá considerar como aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido controvertidas. “O anterior é outro elemento que indica que são a demanda da CIDH e a contestação do Estado os escritos que determinam o objeto do processo contencioso perante a Corte”;

g) com fundamento nas considerações anteriores, opina que os fatos que não foram alegados na petição original perante a Comissão não devem formar parte do objeto do processo perante a Corte salvo que, tendo sido alegados e provados com posterioridade, o Estado tenha tido a oportunidade de se defender e que, ademais, tais fatos tenham sido aceitos expressamente como relevantes para o processo por parte da Comissão;

h) sem prejuízo do anteriormente exposto, a Comissão reconhece que, em virtude do princípio *iura novit curia*, a Corte possui a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em um caso, ainda quando as partes não as tenham invocado expressamente;

i) em relação à alegação dos representantes das supostas vítimas e seus familiares a respeito de que os recursos penais que algumas das supostas vítimas interpuseram para tentar o cumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça,

foram ineficazes, razão pela qual se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrada nos artigos 8.1 e 25 da Convenção, considera que "ainda que estas alegações tenham sido efetuadas pelos peticionários em sua petição original perante a CIDH, a Comissão não determinou a existência destas alegadas violações nem em seu Relatório de Mérito nem em sua demanda perante a Honorável Corte. Entretanto, trata-se de qualificações jurídicas adicionais com respeito aos mesmos fatos que, com base nas provas disponíveis, foram estabelecidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito e na demanda. [...] A Comissão considera que tais argumentos [...] podem ser conhecidos pela Honorável Corte em virtude do princípio *iura novit curia*".

Alegações do Estado

151. Em relação ao artigo 8.1 da Convenção, o Estado argumentou que:

a) não se violou o direito dos cinco aposentados de terem acesso a um juiz competente pelo fato de ter sido alterada a competência por razão da matéria dos juízes civis aos juízes de direito público, "já que a determinação da competência é faculdade do Estado para uma melhor distribuição da carga processual, devendo significar que em ambos os casos subsistiu o sistema de impugnações e que, ademais, os dois organismos pertencem ao Poder Judiciário e têm a mesma hierarquia normativa". Além disso, não se demonstrou que tal mudança tenha provocado uma situação de vulnerabilidade ou prejuízo para as supostas vítimas. Este argumento não foi elaborado pelos cinco aposentados dentro da jurisdição interna, e tampouco forma parte do objeto da demanda apresentada pela Comissão; trata-se de "um argumento posterior à contestação da demanda por parte do Estado peruano e que, portanto, não pode ser objeto de debate neste caso"; e

b) "os aposentados iniciaram diversas ações, entre elas penais, que foram rejeitadas, o que não faz mais do que demonstrar que não foram propostas oportunamente".

Considerações da Corte

152. Com motivo desta controvérsia surgida entre a Comissão e os representantes das supostas vítimas e seus familiares, e por tratar-se do primeiro caso tramitado em sua totalidade com o Regulamento que entrou em vigência em 1º de junho de 2001, este Tribunal acredita ser conveniente esclarecer a questão relacionada com a possibilidade de que se aleguem outros fatos ou direitos que não estejam incluídos na demanda.

153. No que respeita aos fatos objeto do processo, este Tribunal considera que não é admissível alegar novos fatos distintos dos arguidos na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda, responder às pretensões do demandante.

154. Isso é distinto do caso dos fatos supervenientes. Estes se apresentam depois da apresentação de qualquer um dos seguintes escritos: demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda. Em tal hipótese, a informação poderá ser remetida ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença.

155. No que se refere à incorporação de outros direitos distintos aos já incluídos na demanda apresentada pela Comissão, a Corte considera que os peticionários podem invocar tais direitos. São eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana, e não admiti-lo seria uma restrição indevida à sua condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que o anterior, relativo a outros direitos, se atém aos fatos já contidos na demanda.

156. O Tribunal tem a faculdade de analisar a violação ou não de artigos da Convenção não incluídos nos escritos de demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda, com base no princípio *iura novit curia*, solidamente respaldado na jurisprudência internacional, e “do qual se valeu reiteradamente a jurisprudência internacional [entendendo-o] no sentido de que o julgador possui a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, ainda quando as partes não as invoquem expressamente”.¹⁶¹

157. Finalmente, a Corte considera que não corresponde emitir um pronunciamento sobre a alegada violação do artigo 8 da Convenção, devido a que não há suficientes elementos probatórios nos autos sobre este assunto.

XI DESCUMPRIMENTO DOS ARTIGOS 1.1 E 2 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS E DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO)

Alegações da Comissão

158. Quanto aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a) as violações dos artigos 21, 25 e 26 da Convenção cometidas pelo Peru em detrimento dos cinco aposentados, implicam que este Estado não cumpriu o dever geral de respeitar os direitos e liberdades e de garantir seu livre e pleno exercício; e

b) ao publicar e aplicar o artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 21 e 26 da Convenção. O Estado não tomou as medidas adequadas de direito interno para fazer efetivos os direitos consagrados na Convenção, contravindo a obrigação geral estipulada no artigo 2 deste tratado.

¹⁶¹ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 58; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 107; *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 76; Tribunal Europeu de Direitos Humanos (T.E.D.H.), *Guerra e outros vs. Itália*, Sentença de 19 de fevereiro de 1998, Reports 1998-I, p.13, par. 44; T.E.D.H., *Philis vs. Grécia*, Sentença de 27 de agosto de 1991, Séries A Nº 209, p. 19, par. 56; T.E.D.H., *Powell e Rayner vs. Reino Unido*, Sentença de 21 de fevereiro de 1990, Séries A Nº 172, p.13, par. 29; e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Sentença de 19 de novembro de 1998 no Assunto C-252/96 P, p.7, par. 23, onde se estabelece que “[o] princípio *iura novit curia* autoriza o Juiz civil a aplicar as normas jurídicas que considere convenientes, bem como a modificar o fundamento jurídico em que se baseiam as pretensões das partes, sem alterar, não obstante isso, a causa de pedir nem modificar a natureza do problema arguido.”

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

159. Quanto aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram que:

a) como consequência da violação dos direitos consagrados nos artigos 8.1, 21, 25 e 26 da Convenção, o Estado violou a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e o dever de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; e

b) com a adoção do artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792 e enquanto esteve vigente, o Peru desconheceu o dever de adequar sua legislação interna à Convenção, de acordo com o estabelecido no artigo 2 da mesma.

Aleagações do Estado

160. O Estado não fez referência expressa ao alegado descumprimento dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

Considerações da Corte

161. O artigo 1.1 da Convenção estabelece que:

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

162. Por sua vez, o artigo 2 da Convenção determina que:

[s]e o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

163. A Corte estabeleceu que

[o] artigo 1.1 é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado Parte. Com efeito, este artigo põe a cargo dos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo prejuízo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção.

Conforme o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um desses direitos, se está perante uma situação de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou extrapolado os limites de sua própria competência, posto que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda quando atuem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.¹⁶²

164. Em relação ao artigo 2 da Convenção, a Corte afirmou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente

¹⁶² Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, nota 2 *supra*, par. 154; *Caso Baena Ricardo e outros*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 178; e *Caso Caballero Delgado e Santana*. Sentença de 8 de dezembro de 1995. Série C Nº 22, par. 56.

cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.¹⁶³

165. No mesmo sentido, o Tribunal manifestou que:

[o] dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por uma parte, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Pela outra, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias.¹⁶⁴

166. A Corte nota que, como já afirmou na presente Sentença, o Estado violou os direitos humanos consagrados nos artigos 21 e 25 da Convenção, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, razão pela qual descumpriu o dever geral, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, de respeitar os direitos e liberdades consagrados na Convenção e de garantir seu livre e pleno exercício.

167. A Corte observa que o Estado, ao abster-se de adotar por um longo período de tempo o conjunto de medidas necessárias para dar pleno cumprimento às sentenças de seus órgãos judiciais e conseqüentemente fazer efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana (artigos 21 e 25), descumpriu a obrigação estipulada no artigo 2 deste tratado.

168. Em razão das considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado descumpriu as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

XII APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1

Alezações da Comissão

169. A Comissão manifestou que corresponde aos representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentar a "concretude de suas pretensões" em matéria de reparações e custas. A este respeito, solicitou à Corte que:

¹⁶³ Cf. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros)*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 87; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 160 *supra*, par. 179; *Caso Durand e Ugarte*, nota 159 *supra*, par. 136; e *Cf. também "príncipe allant de soi"; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., Série B, nº. 10, p. 20.

¹⁶⁴ Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 160 *supra*, par. 180; *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 178; e *Caso Castillo Petruzzi e outros*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52, par. 207.

a) disponha que se garanta às supostas vítimas e seus familiares o gozo de seus direitos violados, mediante o cumprimento das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru em 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro, e 10 de outubro, todas de 1994, e das proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru em 9 de julho de 1998, 3 de agosto de 2000 e 21 de dezembro de 2000. A este respeito, afirmou que “[o] cumprimento de tais sentenças implica que o [E]stado peruano pague aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Reymert Bartra Vásquez e aos familiares do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra a diferença que foi deixada de pagar no valor de suas pensões desde novembro de 1992, acrescida dos respectivos juros, e que lhes pague igualmente suas pensões por um valor nivelado no futuro”;

b) ordene ao Estado que compense os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Reymert Bartra Vásquez e os familiares do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra “por todo dano adicional que [...] demonstrem devidamente e que seja consequência das alegadas violações aos direitos humanos das vítimas, incluindo o dano moral pelo sofrimento gerado pela diminuição no valor de suas pensões e pelo descumprimento, por parte do Estado, das sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru e do Tribunal Constitucional”. Com respeito aos titulares das medidas de reparação, a Comissão afirmou que a parte lesada são os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, e que, como este último faleceu, “o pagamento de suas pensões assim como as indenizações que disponha a Honorável Corte devem ser pagas a suas herdeiras únicas e universais: seu cônjuge, senhora Sara Elena Castro Remy, e suas filhas, senhoritas Sara Esther Gamarra Castro e Patricia Elena Gamarra Castro”;

c) com respeito a outras formas de reparação, ordene ao Estado que derogue e faça cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792 de 23 de outubro de 1992, devido à sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Além disso, solicite ao Tribunal que ordene ao Peru que realize uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer responsabilidades pelo descumprimento das mencionadas sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, “e que pela via dos processos penais, administrativos e de outro caráter que tenham lugar, se apliquem aos responsáveis as punições pertinentes, adequadas à gravidade das violações mencionadas”; e

d) ordene ao Estado que pague as custas originadas na tramitação dos processos judiciais no âmbito interno, bem como as originadas no âmbito internacional na tramitação do caso perante a Comissão e a Corte.

Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares

170. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares realizaram as seguintes considerações relativas às reparações, custas e gastos:

a) quanto aos beneficiários das reparações, indicaram que “tanto os cinco aposentados como seus familiares sofreram as consequências de não terem recebido, durante cerca de dez anos, os valores que lhes correspondiam a título da pensão nivelada a que têm direito”. Além dos cinco aposentados, os representantes das supostas vítimas e seus familiares indicaram o nome de seus familiares que consideram que também são beneficiários das reparações;

b) o Estado deve restabelecer o direito dos cinco aposentados à pensão nivelada nos mesmos termos e condições em que foi estabelecida no momento de sua aposentadoria, mediante a expedição de resoluções administrativas da SBS, as quais devem ser publicadas no Diário Oficial El Peruano e em outro jornal de ampla circulação nacional;

c) como segunda medida para alcançar o restabelecimento da situação anterior à violação, indicaram que o Estado deve pagar as diferenças entre os valores de aposentadoria recebidos pelos cinco aposentados e os que lhes correspondia receber a cada mês se suas pensões não tivessem sido reduzidas arbitrariamente, acrescidos dos juros moratórios correspondentes. Acrescentaram que tais cálculos devem ser realizados com base nas “somadas pagas desde novembro de 1992, a título de salário, às pessoas que ocuparam os cargos ou que desempenhavam funções similares às das vítimas no momento de se aposentar”, e solicitaram que a Corte designasse o senhor Máximo Jesús Atauje Montes como encarregado de realizar tais cálculos;

d) quanto à reparação do dano material, no escrito de petições, argumentos e provas solicitaram à Corte que para estabelecer a quantia exata da indenização por danos e prejuízos “tenha em conta, em sua oportunidade, a perícia contábil que, em seu momento, [a] Corte poderá ordenar”. Posteriormente, em seu escrito de alegações finais esclareceram que o parecer pericial apresentado na audiência pública “tem o objetivo de ilustrar a magnitude do dano patrimonial causado”, e não tem a pretensão de que a Corte ordene ao Estado o reembolso das quantias indicadas em tal perícia, mas que a tome como referência para fixar uma indenização a título de dano material;

e) quanto à indenização a título de dano moral, solicitaram ao Tribunal que, “de acordo com os testemunhos de Carlos Torres e Guillermo Álvarez, determine, em equidade, o montante da reparação pelo sofrimento que padeceram os cinco aposentados e suas famílias”. A este respeito, indicaram que as supostas vítimas padeceram sofrimentos, angústias e preocupações derivadas da falta de meios econômicos para satisfazer suas necessidades e as de suas famílias, “como consequência da redução de suas pensões, há quase 10 anos, e a consequente denegação de Justiça, durante oito anos, nos quais investiram, incansavelmente, energias e esforços a fim de conseguir o cumprimento das sentenças decididas a seu favor”;

f) os cinco aposentados manifestaram sua vontade de entregar à Coordenadora Nacional de Direitos Humanos “qualquer soma” que a Corte ordene a seu favor, com o fim de que seja utilizada para a proteção de vítimas de violações do direito à previdência social e do descumprimento de sentenças por parte do Estado;

g) quanto às medidas de satisfação e garantias de não repetição, solicitaram à Corte que ordene ao Estado que reconheça publicamente sua responsabilidade internacional “pela redução dos valores da pensão nivelada a que os cinco aposentados têm direito, pela falta de pagamento durante estes anos da diferença entre o valor devido e os valores realmente recebidos, bem como pela denegação de Justiça”, e que peça desculpas públicas pela ocorrência de tais fatos. Assim mesmo, solicitaram que o Estado publique o reconhecimento de responsabilidade e o pedido de desculpas, em dois jornais de ampla circulação nacional;

h) como medida de satisfação e garantia de não repetição, indicaram que o Estado deve realizar uma investigação imparcial e eficaz, através da qual sancione os funcionários da SBS e do MEF responsáveis pelo prolongado descumprimento das sentenças. Acrescentaram que os processos promovidos pelas supostas vítimas se encontram paralisados;

i) como garantia de não repetição, solicitaram que a Corte “ordene ao Estado peruano conformar um Grupo de Estudo, do qual farão parte reconhecidos acadêmicos e especialistas internacionais vinculados ao tema, da [...] OIT, e do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. O Grupo de Estudo deverá apresentar um relatório com recomendações sobre as modificações ou iniciativas legislativas necessárias para ajustar integralmente a legislação peruana em matéria de previdência social às obrigações internacionais do Peru;

j) solicitaram à Corte que ordene ao Estado que institua um “Dia Nacional da Dignidade do Aposentado”. “[E]sta medida permitirá à sociedade peruana ter, ao menos uma vez por ano, a ocasião de refletir sobre a importância para uma sociedade, o fato de garantir o direito à pensão daqueles que com seu esforço e dedicação contribuíram a construir o Peru”; e

k) a respeito do reembolso das custas e gastos, solicitaram que a Corte ordene ao Estado o reembolso dos gastos realizados pelos cinco aposentados no âmbito interno e perante a Comissão e a Corte, e o reembolso dos gastos assumidos pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares no processo perante a Comissão e a Corte. Quanto ao montante dos gastos e custas assumidos pelo CEJIL, indicaram que se remetiam ao parecer apresentado pelo perito Máximo Jesús Atauje Montes. Ademais, o CEDAL manifestou que o montante que fixe a Corte a este título será destinado a Coordenadora Nacional de Direitos Humanos.

171. No escrito de alegações finais, os representantes das supostas vítimas e seus familiares informaram que o Estado havia cumprido algumas medidas de reparação. Em relação a este último aspecto indicaram que:

a) mediante a Lei nº 27.650 de 21 de janeiro de 2002 foi derogado o artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792;

b) o Estado restabeleceu o direito dos cinco aposentados a uma pensão nivelada, através de resoluções administrativas expedidas pela SBS em 12 de março de 2002 que ordenaram o cumprimento das resoluções de 1995 nas quais se dispôs que fosse dado cumprimento às sentenças das autoridades judiciais internas; e

c) o Estado pagou aos cinco aposentados os montantes das pensões deixados de receber desde novembro de 1992. Entretanto, indicaram que não lhes pagou os juros sobre estes montantes e que a SBS condicionou os pagamentos realizados ao que decidisse a Corte Interamericana. Ademais, ressaltaram que, apesar de que os valores recebidos em março de 2002 constituem "quantias elevadas e impactantes", "não se deve perder de vista que estas cifras correspondem a somas acumuladas durante 10 anos" e que "se explicam devido ao aumento exponencial das remunerações dos titulares dos cargos da SBS que servem de referência para o reajuste das pensões".

Alegações do Estado

172. Quanto às reparações, custas e gastos, o Estado afirmou o seguinte:

a) resulta "estranho" que as supostas vítimas "pretendam obter uma indenização não apenas para elas mas para seus dependentes maiores de idade", os quais têm independência econômica;

b) "[q]uanto à indenização que se reclama", assinalou que "é improcedente porquanto, como se indicou, a situação dos autores não foi responsabilidade do Estado";

c) o Estado não tem que reconhecer publicamente responsabilidade alguma pelos fatos demandados nem solicitar desculpas, "já que, como indicou reiteradamente, não possui responsabilidade alguma pelos fatos nos quais não interveio";

d) quanto à investigação pelo "descumprimento" das resoluções judiciais, "o Estado peruano não foi objeto de nenhuma demanda judicial";

e) considera "improcedentes" os pedidos relativos à adequação da legislação interna em matéria de previdência social as obrigações internacionais do Peru "porque este é um tema de competência parlamentar", e o estabelecimento de um dia denominado Dia da Dignidade Nacional do Aposentado "em razão de que não é um tema relacionado com a presente reclamação"; e

f) quanto ao reembolso de custas e gastos, assinalou que "tal pedido não é procedente porquanto o Estado peruano não possui responsabilidade alguma pelos fatos que motivam a demanda".

Considerações da Corte

173. De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, a Corte decidiu que com ocasião dos fatos deste caso foram violados os artigos 21 e 25 da Convenção Americana, tudo isso em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez. Este Tribunal em sua jurisprudência constante estabeleceu que é um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido

um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.¹⁶⁵ A tais efeitos, a Corte se baseou no artigo 63.1 da Convenção Americana, segundo o qual:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

174. Tal como a Corte indicou, o artigo 63.1 da Convenção Americana contém uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. De acordo com este princípio, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade deste pela violação da norma internacional em questão, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da mencionada violação.¹⁶⁶

175. A Corte observa que, com posterioridade a apresentação da demanda, o Estado peruano tomou uma série de medidas dirigidas a dar cumprimento às pretensões da Comissão e dos representantes das vítimas e seus familiares, a saber:

a) o restabelecimento do gozo ao direito a uma pensão nivelada com o salário do funcionário ativo da SBS que desempenhe o mesmo posto ou similar ao desempenhado por cada um dos aposentados no momento da aposentadoria;

b) o cumprimento das sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, mediante o pagamento da parte das pensões mensais que deixaram de pagar as vítimas desde novembro de 1992 a fevereiro de 2002; e

c) a derrogação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792.

176. A Corte valora esta atitude do Estado peruano, por constituir uma contribuição positiva para a solução da presente controvérsia.

177. Quanto à pretensão de que fosse derogada e que se fizesse cessar “de maneira retroativa” os efeitos do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, a Corte considera que esta pretensão já não forma parte da controvérsia no presente caso, posto que este decreto já foi derogado e, ademais, foram devolvidos os montantes das pensões deixados de receber por parte das vítimas, nos termos que vinham recebendo com anterioridade a que fossem realizadas as reduções arbitrárias.

¹⁶⁵ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 66; *Caso do Caracazo. Reparações*, nota 3 *supra*, par. 76; e *Caso Trujillo Oroza. Reparações*, nota 4 *supra*, par. 60.

¹⁶⁶ Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 67; *Caso do Caracazo. Reparações*, nota 3 *supra*, par. 76; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 202.

178. Em relação às consequências patrimoniais que pudesse ter a violação ao direito à propriedade privada, este Tribunal considera que as mesmas deverão ser estabelecidas, nos termos da legislação interna, pelos órgãos nacionais competentes.

179. A pretensão de que se leve a cabo uma investigação de maneira imparcial e efetiva sobre o prolongado descumprimento das sentenças judiciais é procedente, de maneira que a Corte ordena que o Estado realize as investigações correspondentes e aplique as sanções pertinentes aos responsáveis pelo desacato das sentenças judiciais.

180. Em relação às demais pretensões,¹⁶⁷ a Corte considera que a presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação para os cinco aposentados.¹⁶⁸ Entretanto, o Tribunal considera que os fatos ocorridos no presente caso causaram sofrimentos aos aposentados, devido a que sua qualidade de vida foi prejudicada ao terem suas pensões reduzidas substancialmente, de maneira arbitrária, e a que tenham sido descumpridas as sentenças judiciais emitidas a seu favor. Por estas razões, a Corte considera que o dano imaterial ocasionado deve, além disso, ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização compensatória, conforme a equidade.¹⁶⁹ Em consequência, a Corte considera que o Estado deve pagar a cada um dos cinco aposentados, a título de reparação do dano imaterial e no prazo de um ano, a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América). A quantia correspondente ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra deverá ser paga a sua viúva, senhora Sara Elena Castro Remy.

181. Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde a este Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, que compreende os gastos gerados pelas ações interpostas pelos cinco aposentados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade.¹⁷⁰

182. Para tanto, a Corte considera que é equitativo ordenar o pagamento da quantia total de US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e a quantia total de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas, nos quais incorreram os

¹⁶⁷ As demais pretensões da Comissão e dos representantes das vítimas e seus familiares são: o pagamento dos juros correspondentes aos montantes das pensões deixadas de receber desde novembro de 1992; uma indenização pelo dano material; o reconhecimento público de responsabilidade internacional e o pedido público de desculpas, bem como a publicação de ambos em dois jornais de ampla circulação nacional; a conformação de um "Grupo de Estudo" sobre a adequação da legislação interna em matéria de previdência social às obrigações internacionais do Peru, e o estabelecimento de um "Dia Nacional da Dignidade do Aposentado".

¹⁶⁸ Cf. *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 83; *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros)*, nota 161 *supra*, par. 99; e *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 151 *supra*, par. 122.

¹⁶⁹ Cf. *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 94; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 60; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 83.

¹⁷⁰ Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 218; *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 31 de maio de 2001. Série C Nº 78, par. 72; e *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros). Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 109.

cinco aposentados e seus representantes nos processos internos e no processo internacional perante o Sistema Interamericano de Proteção. Para o cumprimento do anterior, o Estado deverá realizar o respectivo pagamento em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação desta Sentença. O pagamento correspondente aos gastos deverá ser distribuído da seguinte maneira: a) a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada um dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, e Guillermo Álvarez Hernández, e b) a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Reymert Bartra Vásquez e a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) a senhora Sara Elena Castro Remy, viúva do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra. No que respeita ao pagamento das custas, este deverá ser distribuído da seguinte maneira: a) a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) ao CEDAL, e b) a quantia de US\$ 500,00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ao CEJIL.

183. O Estado pode cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda peruana, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na praça de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

184. Os pagamentos da indenização a título de dano imaterial e o das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, não poderão ser objeto de imposto ou taxa atualmente existente ou que possa ser decretada no futuro. O Estado deverá cumprir as medidas de reparação ordenadas dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença. Ademais, em caso de que o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, o qual corresponderá ao juro bancário moratório no Peru.

185. Em relação à frase das resoluções da SBS que afirmam “o direito da SBS a recuperar, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Derechos Humanos, o valor que possa resultar excessivo”, este Tribunal considera que esta ressalva das resoluções da SBS não possui nenhum efeito (par. 119 *supra*).

186. Conforme a sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade de supervisionar o cumprimento integral da presente Sentença. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao disposto nela. Dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas tomadas para dar cumprimento a esta Sentença.

XIII PONTOS RESOLUTIVOS

187. Portanto,

A CORTE,

por unanimidade,

1. declara que o Estado violou o direito à propriedade privada, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, de acordo com o exposto nos parágrafos 93 a 121 da presente Sentença.

2. declara que o Estado violou o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, de acordo com o exposto nos parágrafos 125 a 141 da presente Sentença.

3. declara que o Estado descumpriu as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as violações dos direitos substantivos indicadas nos pontos resolutivos anteriores, de acordo com o exposto nos parágrafos 161 a 168 da presente Sentença.

4. declara que a presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação para as vítimas, de acordo com o exposto no parágrafo 180 da presente Sentença.

5. decide que as consequências patrimoniais que a violação ao direito à propriedade privada possa ter ocasionado, deverão ser estabelecidas, nos termos da legislação interna, pelos órgãos nacionais competentes.

6. decide que o Estado deve realizar as investigações correspondentes e aplicar as sanções pertinentes aos responsáveis pelo desacato das sentenças judiciais proferidas pelos tribunais peruanos no cumprimento das ações de garantia interpostas pelas vítimas.

7. decide, por equidade, que o Estado deve pagar, às quatro vítimas e à viúva do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra, de acordo com o indicado no parágrafo 180 da presente Sentença, a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de dano imaterial. O Estado deverá proceder a cumprir o estabelecido no presente ponto resolutivo em um prazo máximo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença.

8. decide que o Estado deverá pagar a quantia total de US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e a quantia total de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas, de acordo com o exposto no parágrafo 182 da presente Sentença.

9. declara que os pagamentos da indenização a título de dano imaterial e o das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, não poderão ser objeto de imposto ou taxas atualmente existentes ou que possam ser decretadas no futuro.

10. declara que o Estado deverá cumprir a presente Sentença dentro do prazo de um ano contado a partir de sua notificação.

11. declara que, caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, que corresponderá ao juro bancário moratório no Peru.

12. decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao nela disposto. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas tomadas para dar cumprimento a esta Sentença, de acordo com o exposto no parágrafo 186 da mesma.

O Juiz Caçado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Concordante, o Juiz Garcia Ramirez também deu a conhecer à Corte seu Voto Concordante Fundamentado, e o Juiz de Roux Rengifo deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado, todos os quais acompanham esta Sentença.

ANTÔNIO A. CAÇADO TRINDADE
Presidente

SERGIO GARCIA RAMIREZ, HERNAN SALGADO PESANTES

OLIVER JACKMAN, ALIRIO ABREU BURELLI

CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO, JAVIER MARIO DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA

MANUEL E. VENTURA ROBLES
Secretário

Comunique-se e execute-se,

ANTÔNIO A. CAÇADO TRINDADE
Presidente

MANUEL E. VENTURA ROBLES
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor da adoção da presente Sentença sobre o mérito e as reparações no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, na qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente, afirma o caráter de direito adquirido do direito à pensão, incluído no direito a propriedade privada de acordo com o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e vinculado à perene, inescapável e irredutível função social do Estado. E, em seguida, a Corte sustenta que o imediato cumprimento das sentenças judiciais – que não pode ficar à mercê da discricionariedade da Administração – é um componente essencial do direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana.

2. Da presente Sentença da Corte decorre o amplo alcance do direito de acesso à Justiça, nos planos tanto nacional como internacional. Tal direito não se reduz ao acesso formal, *stricto sensu*, a instância judicial; o direito de acesso à Justiça, que se encontra implícito em diversas disposições da Convenção Americana (e de outros tratados de direitos humanos) e que permeia o direito interno dos Estados Partes, significa, *lato sensu*, o direito a obter Justiça. Dotado de conteúdo jurídico próprio, configura-se como um direito autônomo à prestação jurisdicional, ou seja, à própria realização da Justiça.

3. Como revelam as circunstâncias do presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, as obrigações de proteção judicial por parte do Estado não se cumprem somente com a emissão de sentenças judiciais, mas com o efetivo cumprimento das mesmas (de acordo com o disposto no artigo 25(2)(c) da Convenção Americana). Do ponto de vista dos indivíduos, pode-se aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico – nos planos tanto nacional como internacional – que efetivamente salvaguarde os direitos inerentes à pessoa humana¹⁷¹ (entre os quais se encontra o direito à pensão como direito adquirido).¹⁷²

4. Meu propósito no presente Voto Concordante é sublinhar a importância, para a operação, em particular, do mecanismo de proteção da Convenção Americana, do decidido pela Corte na presente Sentença em relação especificamente aos distintos papéis dos indivíduos peticionários e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no procedimento perante a Corte. A questão tem incidência direta no tratamento do direito de acesso à Justiça, em seu sentido amplo ao qual acabo de me referir, e no âmbito da aplicação da Convenção Americana.

5. Na realidade, como indica a presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, este é o primeiro caso contencioso inteiramente tramitado sob o novo Regulamento da Corte, adotado em 24 de novembro de 2000, e em vigência a partir de 1º de junho de 2001 (par. 152). Ao adotar este histórico Regulamento, que outorgou

¹⁷¹ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 523-524.

¹⁷² Que se incorporou ao patrimônio pessoal, como uma contra-prestação do poder público pelos anos de trabalho e contribuição social prestados pelo indivíduo, e que não pode ser afetado por alterações legislativas (ou de outro caráter) subsequentes, com consequências confiscatórias.

locus standi in judicio aos petionários em todas as etapas do procedimento perante a Corte, esta última teve presentes os imperativos e necessidades concomitantes de realização da Justiça, e de preservação da igualdade e segurança jurídico-processuais no procedimento sob a Convenção Americana.

6. Quanto aos papéis distintos dos indivíduos petionários e da Comissão Interamericana no procedimento perante a Corte, esta última teve presentes os enfoques tanto da *tese de direito processual*, com ênfase na faculdade privativa dos Estados Partes e da Comissão de submeter um caso à Corte (artigo 61(1) da Convenção Americana), e a *tese de direito substantivo*, com ênfase na condição dos indivíduos de *titulares* dos direitos consagrados na Convenção. Da tensão inescapável entre as duas teses (que correspondem a duas correntes do pensamento jurídico), resultou o entendimento de que a nova faculdade dos petionários de apresentar *de forma autônoma* suas alegações perante a Corte devia limitar-se aos elementos fáticos e jurídicos contidos na demanda apresentada pela Comissão.¹⁷³

7. No ano e meio de vigência do novo Regulamento da Corte, os petionários reiteradamente se referiram a direitos, diferentes dos contidos na demanda apresentada pela Comissão, que também consideravam terem sido violados, não apenas no presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, mas também em outras ocasiões recentes,¹⁷⁴ em casos contenciosos que em sua oportunidade serão resolvidos pela Corte nas respectivas Sentenças. No presente caso, a controvérsia surgida entre os representantes das supostas vítimas e seus familiares, por um lado, e a Comissão Interamericana, de outro lado (pars. 149-150), requereu da Corte um pronunciamento sobre este ponto específico.

8. A Comissão se opôs a que os representantes das supostas vítimas e seus familiares acrescentassem, – em seu escrito de petições, argumentos e provas, – novos elementos fáticos e jurídicos (direitos adicionais) aos já contidos na demanda interposta pela Comissão perante a Corte. Esta controvérsia, de certo modo, leva a Corte, na presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, a esclarecer, e situar na adequada perspectiva, os papéis fundamentalmente distintos dos petionários e da Comissão no procedimento perante o Tribunal.

9. Instada a pronunciar-se a respeito, a Corte teve presente a experiência – de um ano e meio até a presente data – que começa a se acumular sobre a matéria em questão, sob seu novo Regulamento, assim como, – uma vez mais, como sempre, – os imperativos concomitantes de realização da Justiça, e de preservação da igualdade e segurança juridicoprocessuais no procedimento previsto na Convenção. Quanto aos elementos fáticos da demanda apresentada pela Comissão (o objeto do processo), a Corte acolheu o argumento da Comissão, – com exceção, naturalmente, dos fatos supervenientes, – nos seguintes termos (pars. 153-154):

¹⁷³ Cf. *Relatório...*, op. cit. infra nº (7), p.28-30.

¹⁷⁴ Casos *Mirna Mack Chang versus Guatemala*, *Maritza Urrutia versus Guatemala*, *Centro de Reeducação do Menor versus Paraguai*, *Ricardo Canese versus Paraguai*, *Juan Sánchez versus Honduras*, e *Gómez Paquiyauri versus Peru*.

No que respeita aos fatos objeto do processo, este Tribunal considera que não é admissível alegar novos fatos distintos dos arguidos na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda, responder às pretensões do demandante.

Isso é distinto do caso dos fatos supervenientes. Estes se apresentam depois da apresentação de qualquer um dos seguintes escritos: demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda. Em tal hipótese, a informação poderá ser remetida ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença.

10. Quanto aos elementos propriamente jurídicos da demanda, a Corte decidiu na presente Sentença, de forma distinta, nos seguintes termos (par. 155):

No que se refere à incorporação de outros direitos distintos aos já incluídos na demanda apresentada pela Comissão, a Corte considera que os peticionários podem invocar tais direitos. São eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana, e não admiti-lo seria uma restrição indevida a sua condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que o anterior, relativo a outros direitos, se atém aos fatos já contidos na demanda.

11. Desse modo, e com toda a prudência, a Corte deu um passo à frente neste tema, na direção reivindicada pelos indivíduos peticionários. O fez sem prejuízo do direito de defesa do Estado demandado e sem prejudicar o relevante papel da Comissão no curso do procedimento contencioso. Com efeito, em toda circunstância está preservado o direito de defesa do Estado, porquanto este conta com um prazo de dois meses para contestar a demanda submetida à Corte pela Comissão, bem como com um prazo prudencial para apresentar suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Em algumas ocasiões o prazo para apresentar a contestação da demanda e as observações ao escrito dos representantes das supostas vítimas e seus familiares foi o mesmo, de modo que podem ser apresentadas em um mesmo escrito as duas linhas de argumentos.

12. No presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, o Estado teve a oportunidade, e efetivamente tomou a iniciativa, de apresentar vários escritos.¹⁷⁵ Por

¹⁷⁵ Assim, o Estado demandado apresentou, no presente caso, os seguintes escritos sobre o mérito do assunto: escrito de 15.03.2002, de contestação da demanda; escrito de 22.04.2002, de observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares; escrito de 22.05.2002, mediante o qual se referiu à informação da Comissão relativa ao cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru e a derrogação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792; escrito de 02.09.2002, mediante o qual se referiu à alegação de falta de esgotamento dos recursos de direito interno exposto na contestação da demanda; escrito de

consequente, preservou-se plenamente o princípio do contraditório. O importante, neste particular, é que o Estado demandado sempre tem a ocasião de exercer amplamente seu direito de defesa. Além disso, em todo caso, tal como esclareceu a Corte na presente Sentença, qualquer direito adicionado pelos peticionários aos constantes na demanda interposta pela Comissão deve se limitar aos fatos já contidos nesta demanda (par. 155).

13. Encontra-se igualmente preservado o papel da Comissão, como guardiã da Convenção, que auxilia a Corte no contencioso sob a Convenção como defensora do interesse público. No presente caso, a discrepância entre a Comissão e os peticionários não teve maiores consequências práticas, pois a Corte não encontrou nos autos elementos probatórios que lhe permitissem pronunciar-se sobre uma eventual violação adicional da Convenção (par. 157). Ademais, em virtude de um princípio de direito processual, amplamente respaldado na jurisprudência internacional, a Corte tem o *poder inherente* de examinar, *sponte sua*, qualquer violação adicional da Convenção, ainda que não alegada na demanda apresentada pela Comissão (*jura novit curia*), – como indicado na presente Sentença (par. 156) e como admitido expressa e acertadamente pela própria Comissão (par. 150(h)).

14. O princípio *jura novit curia* (que foi estudado no âmbito dos mais distintos ramos do Direito, inclusive o Direito Internacional) inspira o exercício da função judicial, e da expressão ao entendimento de que o Direito está por cima do alegado pelas partes, devendo a autoridade jurisdicional captá-lo e aplicá-lo ao caso concreto, para o que se encontra inteiramente livre. A autoridade jurisdicional não está, pois, limitada pelo que alegam as partes, e tampouco há lugar para o *non liquet*. Autoridade jurisdicional deve dizer qual é o Direito (*jurisdictio, jus dicere*) e dar-lhe aplicação, e para isto – em cumprimento de seu dever – tem plena liberdade.

15. Em realidade, a consideração do do princípio de direito processual *jura novit curia* vem a acentuar o tratamento diferenciado dispensado aos elementos fáticos e jurídicos, que orientou o critério adotado pela Corte Interamericana, na presente Sentença, sobre a questão sob análise. Em virtude daquele princípio *jura novit curia*, a autoridade jurisdicional, ainda que adscrita em sua decisão aos fatos e às provas submetidos no juízo, tem, por outro lado, quanto ao direito, a faculdade e o dever de ir além das alegações das partes. Encontra-se, assim, facultada a qualificar autonomamente a situação fática em questão, e a buscar as disposições pertinentes na ordem jurídica aplicável, ainda que não tenham sido invocadas pelas partes; ou seja, a ela lhe está facultada a livre busca da normativa jurídica a aplicar.

2.09.2002, mediante o qual expôs suas considerações sobre a proposta de solução amistosa apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares perante a Secretaria Executiva da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru e sobre o *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão; escrito de 29.10.2002, mediante o qual remeteu suas alegações finais escritas; escrito de 29.10.2002, mediante o qual apresentou um documento intitulado “Explicação dos Regimes Trabalhistas e Previdenciários que se aplicam na República do Peru e Análise Específica da Situação de Cada um dos Aposentados»; e escrito de 7.11.2002, mediante o qual fez referência à perícia apresentada perante a Corte pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes. Além destes escritos, o Estado peruano apresentou outros escritos de mero trâmite, bem como de prova.

16. De todo modo, é importante o passo à frente dado pela Corte na presente Sentença, inclinando-se, quanto à posição dos indivíduos petionários, a favor da *tese de direito substantivo*. A Corte sustenta corretamente que a consideração que deve prevalecer é a da *titularidade* dos indivíduos, de todos os direitos protegidos pela Convenção, como verdadeira parte substantiva demandante, e como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte se moveu conscientemente na direção correta, no exercício de uma faculdade que lhe é inerente, e tomando tanto a Convenção Americana como sua *interna corporis* como instrumentos vivos, que requerem uma interpretação *evolutiva* (como indicado em sua *jurisprudência constante*),¹⁷⁶ para atender às necessidades em constante mudança de proteção do ser humano.

17. Este é um significativo passo à frente dado pela Corte, desde a adoção de seu atual Regulamento. Igualmente de acordo com a *mens legis* do Regulamento vigente, no sentido de dar a maior participação possível, de forma autônoma, às supostas vítimas, e seus representantes legais devidamente credenciados, no procedimento perante a Corte, encontra-se a Resolução geral sobre medidas provisórias de proteção, emitida pela Corte em 29 de agosto de 2001. Mediante tal Resolução, a Corte, em sua sabedoria, decidiu que "receberá e conhecerá de forma autônoma os pedidos, argumentos e provas dos beneficiários das medidas provisórias adotadas por esta nos casos em que se apresente a demanda perante esta, sem que por isso fique exonerada a Comissão, no âmbito de suas obrigações convencionais, de informar à Corte, quando esta o solicitar" (ponto resolutivo n° 1).

18. Sendo assim, se as supostas vítimas e seus representantes legais podem apresentar diretamente à Corte um pedido de medidas provisórias de proteção em casos que se encontram em conhecimento do Tribunal, com ainda maior força se pode sustentar que eles podem, no procedimento de casos contenciosos perante a Corte, referir-se à suposta violação de direitos adicionais aos que já se encontram alegados na demanda interposta pela Comissão. Aqui, uma vez mais, os petionários marcam presença como titulares dos direitos consagrados na Convenção Americana.

19. Sempre subsistirá uma diferença de enfoque entre os partidários desta tese – entre os quais me situo¹⁷⁷ – e os adeptos da *tese de direito processual*. Penso, contudo,

¹⁷⁶ Cf., neste sentido, *os obiter dita in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Parecer Consultivo OC-10/89, sobre a *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Marco do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 14.07.1989, pars. 37-38; CtIADH, Parecer Consultivo OC-16/99, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, de 1.10.1999, pars. 114-115, e Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 9-11; CtIADH, caso das "*Crianças de Rua*" (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*), Sentença (sobre o mérito) de 19.11.1999, pars. 193-194; CtIADH, caso *Cantoral Benavides versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) de 18.08.2000, pars. 99 e 102-103; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença (sobre o mérito) de 25.11.2000, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 34-38; CtIADH, caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua*, Sentença (sobre o mérito e reparações) de 31.08.2001, pars. 148-149; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença (sobre reparações) de 22.02.2002, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 3.

¹⁷⁷ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica, CtIDH, 2001, p. 1-64, esp. p. 59, 23, 33, 40-44, 50-55 e 64; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo Del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao, Universidade de Deusto, 2001, p.9-104.

que, a partir do momento em que se afirma, de modo inequívoco, a subjetividade jurídico-internacional da pessoa humana, há de se assumir as consequências jurídicas que advém disso. São os próprios peticionários quem, melhor do que ninguém, podem avaliar quais direitos foram presumivelmente violados. Pretender limitá-los nesta faculdade iria contra o direito de acesso à justiça de acordo com a Convenção Americana.

20. O critério adotado a este respeito pela Corte na presente Sentença, que servirá de guia para seu procedimento de agora em diante, contribui, assim, para o aperfeiçoamento do devido processo legal no plano internacional, sob a Convenção Americana. Nem sempre a petição originalmente apresentada pelos peticionários perante a Comissão (artigo 44 da Convenção) é necessariamente a mesma que a demanda posteriormente interposta pela Comissão perante a Corte (artigo 61(1) da Convenção). Quando se exige dos Estados, de acordo com a Convenção (artigo 25), o respeito ao direito de acesso à Justiça, com a preservação da faculdade dos indivíduos demandantes de justificar suas ações legais perante os tribunais nacionais, como pretender negar-lhes esta mesma faculdade em suas alegações perante um tribunal internacional como a Corte Interamericana?

21. O critério adotado pela Corte na presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru* corretamente considera que não se pode restringir o direito dos peticionários de acesso à Justiça no plano internacional, que encontra expressão em sua faculdade de indicar os direitos que consideram violados. O respeito ao exercício de tal direito é exigido dos Estados Partes pela Convenção, no plano de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos,¹⁷⁸ e não faria sentido se fosse negado no procedimento internacional sob a própria Convenção. O novo critério da Corte confirma claramente o entendimento segundo o qual o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de realização do direito e, em última instância, da Justiça.

22. Se é certo que apenas os Estados Partes e a Comissão podem submeter um caso à Corte (artigo 61(1) da Convenção), também é que, ao dispor sobre reparações, e referir-se à “parte lesada” (“*the injured party / la parte lesionada / la partie lésée*” – artigo 63(1)), a Convenção se dirige às vítimas, e não à Comissão. O artificialismo da fórmula do artigo 61(1) da Convenção, – que, ao ser adotada em 1969 deu expressão a um dogma do passado, – não resiste à esmagadora realidade de que os peticionários são a verdadeira

¹⁷⁸ A Convenção Americana impõe não apenas o acesso propriamente à justiça no plano do direito interno (artigo 25), mas a realização mesma da justiça material. Para isto, a Convenção determina a observância das garantias jurídico-processuais (artigo 8), entendidas estas *lato sensu*, incluindo o conjunto de requisitos processuais que devem ser observados para que todos os indivíduos possam se defender adequadamente de qualquer ato emanado do poder estatal que possa afetar seus direitos. Cf., neste sentido (amplo alcance do devido processo): CtIADH, caso do *Tribunal Constitucional versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) de 31.01.2001, par. 69; CtIADH, caso *Ivcher Bronstein versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) do 6.02.2001, par. 102; CtIADH, caso *Baena Ricardo e Outros versus Panamá*, Sentença (sobre o mérito) do 2.02.2001, par. 125. Neste último caso, a Corte Interamericana advertiu acertadamente que “em qualquer matéria, inclusive na trabalhista e na administrativa, a discricionariedade da administração tem limites intransponíveis, sendo um deles o respeito dos direitos humanos. (...) a administração (...) não pode invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias dos administrados” (*ibid.*, par. 126).

parte substantiva demandante perante a Corte, como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, em meu entender, também do Direito Internacional geral.¹⁷⁹

23. Se, como já se indicou, perante os tribunais nacionais se assegurou a faculdade dos indivíduos demandantes de justificarem suas próprias alegações de violações de seus direitos, como justificar a denegação ou restrição desta faculdade dos indivíduos petionários perante os tribunais internacionais de direitos humanos? Transcorridos 34 anos desde a adoção da Convenção Americana, finalmente a realidade dos fatos está levando a superação da insustentável *capitis diminutio* dos indivíduos, titulares de direitos, no procedimento sob a Convenção (artigo 61(1)), – sem prejuízo da segurança jurídica e da preservação do papel, distinto do dos petionários, da Comissão. A afirmação da personalidade e da capacidade jurídicas internacionais do ser humano atende a uma verdadeira *necessidade* do ordenamento jurídico internacional contemporâneo.

24. Com efeito, a afirmação destas personalidade e capacidade jurídicas constitui o legado verdadeiramente revolucionário da evolução da doutrina jurídica internacional na segunda metade do século XX. Chegou o momento de superar as limitações clássicas da *legitimatío ad causam* no Direito Internacional, que tanto frearam seu desenvolvimento progressivo para a construção de um novo *ius gentium*. Um papel importante está aqui sendo exercido pelo impacto da consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional, no sentido de humanizar este último: tais direitos foram proclamados como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.¹⁸⁰ O indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional, e ao reconhecimento dos direitos que lhe são inerentes corresponde inescapavelmente a capacidade processual de reivindicá-los, tanto nos planos nacional como internacional.

ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE

Juiz

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário

VOTO CONCORDANTE FUNDAMENTADO DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Coincido com meus colegas na emissão da Sentença correspondente ao *Caso Cinco Aposentados vs. Peru*, sem prejuízo de expor as razões que tomei em conta para emitir meu voto concordante em relação a diversos pontos analisados nessa decisão.

¹⁷⁹ TRINDADE, A. A. Cañado. La Personalidad y Capacidad Jurídicas del Individuo como Sujeto del Derecho Internacional. In: *Jornadas de Derecho Internacional* (Cidade do México, dezembro de 2001), Washington D.C., Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da OEA, 2002, p.311-347.

¹⁸⁰ CtIADH, Parecer Consultivo OC-17/02, sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, de 28.08.2002, ponto resolutivo nº 1, e Voto Concordante do Juiz A.A. Cañado Trindade, pars. 1-71.

1. Fatos arguidos fora da demanda

A tendência que se observa claramente nos sucessivos Regulamentos da Corte – sobretudo no vigente, do ano 2000 – tem levado ao estabelecimento de crescentes direitos processuais da suposta vítima. Assim, reivindicam-se no processo a dignidade e a atividade do indivíduo afetado pela violação da norma. Com isso se marca, em meu conceito, a melhor opção para o presente e o melhor caminho para o futuro do Sistema Interamericano, ainda que se encontre distante o ponto de chegada.

Este reconhecimento de direitos processuais tem um limite, naturalmente: as normas da Convenção Americana e outros tratados que a Corte pode aplicar. Neste marco se moveu o Tribunal ao regulamentar o atual desempenho processual da suposta vítima, que e, sem dúvida, titular de bens jurídicos lesados e dos correspondentes direitos violados. Esta titularidade converte a vítima em sujeito da relação material controvertida; aquela e, em consequência, parte em sentido material. A Comissão, por outro lado, é apenas parte em sentido formal, conforme a conhecida caracterização carnelutiana: se lhe atribui a titularidade da ação processual para reclamar em juízo o pronunciamento da jurisdição internacional.

Por ora, a Convenção deposita esta última faculdade, que legitima o acesso direto à Corte, tanto na Comissão como nos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte, mas não havia conferido – neste momento da evolução do sistema-- aos indivíduos afetados pela violação de seus direitos. Sugeriu-se em algumas oportunidades, de *lege ferenda*, a possibilidade de reconhecer esta legitimação aos particulares, como ocorre já no sistema europeu. Obviamente, este reconhecimento dependerá dos progressos e das capacidades do Sistema Interamericano, que se está desenvolvendo em passos firmes.

A ação processual se manifesta no ato jurídico da demanda, com a qual se promove a atuação jurisdicional. Aquela reveste importância crucial para definir o tema do processo. Na demanda, que apenas a Comissão Interamericana pode apresentar – ou um Estado, como disse antes –, se reúnem os fatos examinados na etapa prévia perante a Comissão Interamericana, e nela mesma se define a matéria do processo que começa. A sentença deverá analisar e resolver sobre estes fatos, de forma congruente e integral. De tal maneira, a defesa do Estado diante das pretensões que propõe a Comissão – e que se fazem valer por meio da ação processual – se concentra nos fatos aduzidos na demanda (sem prejuízo do suposto excepcional dos fatos supervenientes) por quem se encontra legitimado a formulá-los. Em suma, compete unicamente à Comissão, em seu desempenho como demandante, alegar os fatos que constituirão o conteúdo fático do processo e da sentença.

A título de Tribunal de conhecimento e sentença, a Corte Interamericana tem a faculdade de aplicar o direito aos fatos controvertidos, precisando suas consequências jurídicas de maneira a chegar à responsabilidade internacional do Estado. Para tal fim, a Corte escuta as alegações que se façam perante si, mas não está limitada às mesmas. A Comissão pode e deve, em cumprimento de um dever funcional, expor seu ponto de vista sobre a caracterização jurídica dos fatos violatórios. No entanto, se não o fizer ou este não for persuasivo para a Corte, esta poderá e deverá suprir aquela com seu próprio critério.

Por outro lado, nada impede que a suposta vítima ou seus representantes chamem a atenção do tribunal sobre a aplicação do direito aos fatos controvertidos no processo, ainda quando o parecer que expressem neste caso seja diferente do sustentado pela Comissão Interamericana. Não poderiam, por outro lado – como já indiquei, – trazer ao processo fatos diferentes dos contidos na demanda. Finalmente, será a Corte quem decide o pertinente, considerando a apresentação dos fatos e os fundamentos jurídicos da Comissão, arguidos com a legitimação que a Convenção reconhece ao demandante, e tomando em conta, além disso, os pontos de vista que sobre este último extremo possam proporcionar-lhe a suposta vítima ou seus representantes no exercício das faculdades processuais que lhes correspondem.

2. Violação do direito à propriedade

A Corte considerou, com o voto unânime de seus integrantes, que neste caso houve violação ao direito de propriedade dos aposentados. No entanto, é preciso observar que o direito reclamado pelos queixosos foi amparado por resoluções do Poder Judiciário do Peru, cumpridas com posterioridade a apresentação da demanda, e portanto, depois de que se definiu a matéria do processo que culminaria na presente Sentença da Corte Interamericana. Isto explica que no processo fosse tomada em conta uma violação que cessaria posteriormente.

Ao definir a existência de uma violação, é preciso considerar a conduta do Estado em seu conjunto. Se um de seus órgãos enfrenta e remedia adequada e oportunamente a violação cometida por outro, não surgirá a responsabilidade internacional do Estado. É precisamente por isso que o acesso ao Sistema Interamericano se encontra condicionado ao prévio esgotamento dos recursos internos. Espera-se que estes resolvam o litígio, remediando a violação cometida, se for o caso. Apenas quando isso não ocorra, ficara aberta a opção pela via internacional. Disso decorre a importância da jurisdição interna, que tem caráter prioritário com respeito à internacional. Esta apenas atua de maneira subsidiária.

No caso a que se refere esta sentença, os tribunais peruanos emitiram as pertinentes resoluções de garantia para assegurar os direitos dos queixosos até que ocorresse um pronunciamento de mérito. E mais, a administração se absteve de dar cumprimento às resoluções judiciais. Esta situação de descumprimento se prolongou durante um tempo sob qualquer critério excessivo. Em meu conceito, a violação ao artigo 21 da Convenção se encontra estreitamente associada, no presente caso, à

violação do artigo 25 deste tratado. Da prolongada e injustificada inobservância das resoluções jurisdicionais internas deriva, pois, a violação do direito de propriedade, que não teria existido se essas resoluções tivessem sido acatadas pela administração, de forma pronta e completa.

3. Progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais

Este tema é novo, ainda, para a jurisdição interamericana. Em diversos casos, a Corte examinou direitos civis que tratam de questões econômicas, sociais e culturais, mas ainda não teve a oportunidade de entrar de cheio nesta última matéria, por si mesma, e tampouco pode pronunciar-se sobre o sentido que possui a denominada progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais contemplada no artigo 26 da Convenção e referida no Protocolo de San Salvador.

Cabe supor que a Corte poderá examinar esta relevante matéria no futuro. Haverá ocasião, pois, de sublinhar novamente a hierarquia destes direitos, que não possuem menor categoria que os civis e políticos. Em rigor, ambas as categorias se complementam mutuamente e constituem, em seu conjunto, o “estatuto básico” do ser humano na hora atual. O Estado, comprometido a observar sem condição nem demora os direitos civis e políticos, deve aplicar o maior esforço à pronta e completa efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo para tanto dos recursos a seu alcance e evitando retrocessos que prejudicariam esse “estatuto básico”.

Este caso não permitiu avançar em tema tão relevante, pelas razões mencionadas ao final do capítulo IX da Sentença. Entretanto, nesta figuram algumas considerações, formuladas brevemente, que convém destacar. Uma delas é a manifestação explícita feita pela Corte de que “os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva”. Entendo que essa dimensão individual se traduz em uma titularidade também individual: de interesse jurídico e de um direito correspondente, que pudessem ser compartilhadas, certamente, com outros membros de uma população ou de um de seus setores.

A meu juízo, o tema não se resume à mera existência de um dever sob responsabilidade do Estado, que deverá orientar suas tarefas no sentido que essa obrigação estabelece, tendo os indivíduos como simples testemunhas a expectativa de que o Estado cumpra o dever atribuído pela Convenção. Esta constitui uma normativa sobre direitos humanos, precisamente, não apenas sobre obrigações gerais dos Estados. A existência de uma dimensão individual dos direitos sustenta a denominada “justiciabilidade” daqueles, que avançou no plano nacional e tem um amplo horizonte no plano internacional.

Por outro lado, a Corte deixou afirmado na sentença a que corresponde este voto que a progressividade dos direitos de referência – um tema amplamente debatido – se deve medir “em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à pensão, em particular, sobre

o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social". Com base nessa ponderação o Tribunal apreciará o cumprimento do dever estatal e a existência do direito individual, e poderá resolver o litígio específico que tenha à vista. Ao considerar que o presente caso não sustentaria adequadamente uma ponderação deste caráter, levando em conta suas peculiaridades, o tribunal manifestou, porém, o vínculo entre o movimento progressivo dos direitos mencionados, por um lado, e sua projeção "sobre o conjunto da população" e, por outro, o ingrediente de "equidade social" que deve caracterizar essa progressividade.

Tomando em consideração os limites que a própria Corte deu ao seu pronunciamento em função das características do caso *sub judice* não considero procedente ir mais longe neste voto concordante. O tema sugere, como é evidente, muitas considerações adicionais que o desenvolvimento da jurisprudência interamericana trará consigo sobre uma das questões mais atuais e transcendentais no sistema dos direitos humanos em nossa região.

5 de março de 2003

SERGIO GARCIA RAMIREZ

Juiz

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário

VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ DE ROUX RENGIFO

A determinação de se os fatos deste caso violaram ou não o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana, oferecia certas dificuldades particulares. As supostas vítimas tinham, sem dúvida, um direito adquirido a uma pensão, e esse direito, considerado em abstrato, formava parte de seu patrimônio. Não obstante isso, a concretização desse direito em pagamentos mensais de uma quantia específica, deveria surgir de uma ponderação das normas constitucionais e legais internas, que permitisse esclarecer perguntas como as seguintes:

De que maneira e até que ponto era relevante, para efeitos de aposentadoria, a existência de dois regimes, o de atividade pública e o de atividade privada?

Era possível nivelar a pensão de pessoas submetidas ao regime de atividade pública, como as supostas vítimas, com a remuneração recebida por pessoas em atividade submetida ao regime de atividade privada?

Como se devia proceder no caso de que todas as pessoas em atividade vinculadas à entidade pública em questão estivessem já submetidas ao regime de atividade privada?

Era possível, neste último evento, realizar a nivelção das pensões com a remuneração recebida por pessoas em atividade submetidas ao regime de atividade pública, mas vinculadas a entidades distintas daquela na qual as supostas vítimas prestaram seus serviços?

O fato de que durante vários anos o Estado pagou as pensões mensais das supostas vítimas mediante o artifício de nivelá-las com a remuneração do pessoal submetido ao regime de atividade privada, conduziu a que se configurasse a favor das mesmas o direito a que sua pensão continuasse sendo objeto desse tipo específico de nivelção?

A Corte atuou, como era preciso que o fizesse, ao abster-se de penetrar nessas questões substanciais – em um ou dois parágrafos considerativos existem afirmações que parecem orientadas a resolvê-las em um determinado sentido, mas em termos gerais o Tribunal se manteve afastado delas.

É evidente que as controvérsias produzidas pelas questões enunciadas ou que cheguem a produzir-se, apenas podem ser resolvidas pelos tribunais internos. À Corte Interamericana tão apenas compete observar que os respectivos processos tramitem com respeito ao direito de acesso à Justiça e, se for o caso, do direito a um recurso efetivo de proteção.

Com esta referência ao recurso efetivo entramos na parte mais sólida do terreno em que se assenta a Sentença. Está devidamente provado que no caso sob exame as vítimas interpuuseram ações de garantia para evitar que as pensões fossem reduzidas, que essas ações deram lugar a sentenças que ordenavam continuar o pagamento das pensões mensais tal e como se vinha fazendo antes da correspondente redução (em outras palavras, ordenavam manter o *status quo*), e que essas sentenças foram desacatadas pelo Estado. Isto configurou uma violação evidente do citado artigo 25 da Convenção e assim a Corte declarou.

O Estado argumentou que as sentenças mencionadas continham uma ordem dirigida a uma entidade pública – a Superintendência de Bancos e Seguros – distinta daquela a quem correspondia fazer os pagamentos, de acordo com as normas legais então vigentes – o Ministério de Economia e Finanças.– E alegou que a última destas entidades não foi vinculada aos processos nos quais se produziram os respectivos pronunciamentos judiciais.

Gostaria de propor algumas das razões pelas quais, em meu modo de ver, a Corte acertou ao rejeitar estes argumentos (trata-se de razões em parte adicionais, em parte diferentes, às aduzidas pelo Tribunal em suas considerações):

- O artigo 25 da Convenção Americana se refere a um recurso “simple e rápido” e, em qualquer caso, a um “recurso efetivo” que ampare as pessoas contra as violações dos direitos fundamentais reconhecidos pelas normas internas ou pela própria Convenção.

- A atuação judicial correspondente não deve estar sujeita a formalismos ou ritualismos impróprios de um recurso dirigido a salvaguardar, com rapidez, os direitos fundamentais das pessoas.
- Nada impede que a ordem jurídica interna adote previsões sobre a devida integração do contraditório no respectivo trâmite, mas essas previsões não podem desconhecer a particular natureza do recurso em questão.
- Como dispuseram as legislações ou estabeleceu a jurisprudência de alguns países, o juiz do recurso deve abster-se de proferir uma decisão inibitória quando não se tenha formado o litisconsórcio, e deve proceder de ofício a realizar gestões para integrar o contraditório.
- Ao avaliar a alegação de que o demandante interpôs o recurso contra uma entidade que não correspondia, deve-se ter em conta se aquele procedeu ou não de maneira razoável ao indicar a entidade demandada (a este respeito deve-se recordar que as vítimas deste caso apresentaram suas demandas de mandado de segurança contra a Superintendência de Bancos e Seguros antes de que o Decreto-Lei nº 25.792 transferisse ao Ministério de Economia e Finanças a obrigação de continuar pagando as respectivas pensões).
- Dado o caráter rápido do recurso, é necessário ter em conta, Além disso, se a entidade estatal que não foi formalmente convocada ao processo, tomou conhecimento do mesmo, por qualquer via, ou nele interveio de qualquer maneira e pode, em consequência, apresentar-se em juízo para fazer valer sua defesa (há provas, no caso, de que o Ministério de Economia e Finanças esteve a par dos mandados de segurança e de seu cumprimento).
- Tratando-se de ações de garantia há de se ter presente o fato de que existem, em relação à matéria submetida ao exame judicial, estreitas relações funcionais e operativas entre a entidade demanda e aquela que deve concorrer a integrar o contraditório.
- O demandante nas ações de garantia não deve ser responsável, em matéria de recomposição do contraditório, pelas reestruturações internas do Estado e da redistribuição das competências e responsabilidades entre os entes que o conformam.

Considero, também, um acerto, que a Corte tenha vinculado a violação do direito à propriedade (artigo 21) com a do direito a um recurso efetivo (artigo 25). Dado que o Tribunal se absteve de resolver as questões propostas no começo deste escrito, carecia, em princípio, de base, para declarar que os cinco aposentados haviam sofrido uma perda patrimonial. Entretanto, as sentenças de garantia lhes proporcionaram reconhecimentos que tem, sem dúvida, alcance patrimonial. Ao desacatá-las, o Estado violou o direito de propriedade dos aposentados.

A Corte – uma vez mais, com razão – e amiga da linguagem sóbria e precisa. Não lhe aprecia, em consequência, recorrer a expressões que façam ênfase conceitual, sobretudo se possuem amparo filosófico. Isso é bom, quase sempre. Às vezes, porém, sente-se falta desta ênfase. Creio que isso acontece no presente caso.

A meu modo de ver, a Corte deveria ter deixado claro, nos correspondentes parágrafos de consideração, que considerava violado o direito à propriedade dos aposentados, concebido nos termos das sentenças de garantia, ou – e esta é outra maneira de dizê-lo – *tanto e quanto* esse direito havia resultado violado pelo desacato às mencionadas sentenças. Ao prescindir do uso de expressões como as expostas, a Sentença a que se refere este Voto Fundamentado pode dar a entender que a Corte considerou violado o artigo 21 da Convenção sem conexão com uma violação do artigo 25, o que não corresponde ao caso.

Compartilho a decisão da Corte de abster-se de declarar violado o artigo 26 da Convenção Americana, mas as razões que me levam a isso são distintas às propostas nos parágrafos considerativos da Sentença.

No presente caso e por motivos já expostos, a Corte não se pronunciou sobre o mérito da questão de quais eram, dentro do marco do ordenamento jurídico interno, os direitos dos cinco aposentados, nem entrou a determinar se a redução da pensão correspondeu a uma interpretação válida do verdadeiro alcance das disposições legais preexistentes, ou a uma modificação (mais exatamente, a uma redução) dos padrões normativos de reconhecimento e pagamento do direito à pensão. Nessas circunstâncias, a Corte carecia de uma base sólida para declarar violado o artigo 26 e isso é o que deveria ter sido argumentado para atuar em consequência.

O Tribunal fundamenta de uma maneira diferente. Afirma que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais se deve medir em função da crescente cobertura dos mesmos sobre o conjunto da população, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados, não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.

A referência ao fato de que as cinco vítimas deste caso não são representativas do panorama que conformam os aposentados do Peru e pertinente – não são nem por seu número, nem pelo valor das pensões que receberam.

Entretanto, o fundamento segundo o qual apenas seria procedente submeter ao *test* do artigo 26 as atuações dos Estados que afetam o conjunto da população, não parece ter base na Convenção, entre outras razões porque a Corte Interamericana

não pode exercer – a diferença do que ocorre com a Comissão – um trabalho de monitoramento geral sobre a situação dos direitos humanos, sejam os civis e políticos, ou os econômicos, sociais e culturais. O Tribunal apenas pode atuar em casos de violação de direitos humanos de pessoas determinadas, sem que a Convenção exija que estas tenham de alcançar determinado número.

CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO

Juiz

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário



Detalhe da imagem da capa



Noticiário



Luciana Sapha toma posse como nova Corregedora-Geral do MPRJ

Eleita em 8 de junho pelo Colégio de Procuradores de Justiça para exercer o cargo de Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no biênio de 2018/2020, a Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira tomou posse em solenidade realizada na sala de sessões dos Órgãos Colegiados, no dia 21 do mesmo mês, com a presença de familiares, membros do MPRJ, autoridades e representantes de diversas entidades.

A cerimônia foi presidida pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos, Alexandre Araripe Marinho, que representou o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, o qual não pôde comparecer devido à participação em evento previamente agendado para a mesma data, realizado em Brasília. “Essa solenidade tem o simbolismo da renovação, dentro do processo democrático da instituição. E espera-se sempre que, a cada mudança de gestão, a Corregedoria-Geral evolua, cumprindo cada vez melhor o seu papel, tão complexo quanto estratégico”, disse Marinho.

Em seguida, o Procurador de Justiça Pedro Elias Erthal Sanglard, que desempenhou a função de Corregedor-Geral desde 2014 até a data de posse de sua substituta, fez um balanço de sua gestão, enumerando realizações. “Posso mencionar a criação do Conselho de Decanos da Corregedoria, a digitalização de procedimentos, o aumento do número de membros, a reforma e ampliação das nossas instalações, a realização de três concursos de estagiários e a inclusão da Corregedoria nos planos de trabalho do MPRJ”, entre outras.



Dando prosseguimento, Luciana Sapha foi convidada a ler o termo de posse: “Prometo servir ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com dedicação e lealdade, promovendo e fiscalizando a obediência à constituição e à exata aplicação das leis, consciente de que estes são os deveres inerentes ao cargo de corregedor-geral”, afirmou.

A solenidade foi encerrada com o discurso de posse da nova Corregedora-Geral, que agradeceu o apoio recebido pela família e destacou a felicidade por participar de uma cerimônia marcada pelo afeto em um ambiente acolhedor. Luciana Sapha fez questão de apresentar os membros da sua equipe: a Procuradora de Justiça Rita de Cássia Araújo de Faria; os Promotores de Justiça Maria da Glória da Gama Pereira Figueiredo, André Farah Alves e João Alfredo Gentil; e a servidora Ana Paula Garcia.

A nova Corregedora-Geral assumiu o cargo tendo como padrinhos o ex-Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, Antonio Carlos Silva Biscaia, e a Procuradora e Decana do Ministério Público fluminense, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, também Coordenadora do Centro de Pesquisas e Inovações (CENPI/MPRJ) e do Núcleo de Atuação Integrada (NAI/MPRJ).





MPRJ entrega Medalha Campos Salles em sessão solene

Em cerimônia realizada no dia 4 de maio, em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro condecorou Procuradores de Justiça aposentados e prestou homenagem póstuma a recém-falecidos, com a entrega da medalha Campos Salles.

A medalha foi concedida aos Procuradores aposentados Astério Pereira dos Santos, Simone de Lima e Silva Rossi, Anaiza Helena Malharden Miranda Montel, Márcia Teixeira Velasco, Maria da Glória Barbosa Silva e Heloísa Carpena Vieira de Mello. Parentes também receberam a comenda em nome dos procuradores falecidos recentemente, Carlos Antônio da Silva Navega, Maria Helena Côrtes Pinheiro e Charles Van Hombeeck Júnior.

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, abriu a cerimônia e afirmou aos presentes que o MPRJ tem feito uma profunda reflexão sobre sua responsabilidade e atuação perante a sociedade, especialmente neste momento de intensas crises, tanto éticas, nas instituições do Estado, quanto de segurança pública. Após a entrega das medalhas, a Procuradora de Justiça aposentada Heloísa Carpena Vieira de Melo discursou em nome de todos os homenageados.



A insígnia, criada em 2002 pelo então Procurador-Geral de Justiça, José Muiños Pinheiro Filho, objetiva reverenciar àqueles que se dedicaram ao MPRJ durante longo tempo, tendo recebido o nome de Medalha Campos Salles em homenagem ao ex-Presidente da República, Manuel Ferraz de Campos Salles, considerado patrono do Ministério Público.



Inauguração da placa em homenagem ao Ex-Procurador-Geral de Justiça Carlos Antônio Navega

Em solenidade realizada no dia 4 de maio, o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, inaugurou a placa que certifica a concessão do nome de “Procurador-Geral de Justiça Carlos Antônio da Silva Navega” ao edifício do Ministério Público fluminense, na Avenida Marechal Câmara, 350.

Participaram do ato os filhos do ex-Procurador-Geral de Justiça, o Promotor de Justiça Leandro Navega e o advogado Bruno Navega, além da esposa de Leandro Navega, a Promotora de Justiça Marcele Navega.

“Minha família e eu ficamos muito felizes com a homenagem a meu pai. Ele amava o Ministério Público fluminense mais do que tudo. Deixava de fazer qualquer coisa para estar no Órgão Especial às sextas-feiras. Largava tudo para participar das lutas institucionais”, lembrou o Promotor de Justiça Leandro Navega.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÕES INDIVIDUAIS

70, 78, 80, 200;

AÇÕES INDIVIDUAIS COM EFEITOS COLETIVOS

72, 78;

AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS

78;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

39-40, 42, 109;

ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

217, 220, 222;

AGRAVO INTERNO NOS PROCESSOS COLETIVOS

101;

AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

109, 111;

COLABORAÇÃO PREMIADA

40, 105, 108-109, 265-266, 274, 281;

COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

77;

CONFISCO DE BENS

17, 20, 28, 30-32;

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

39, 106, 109, 165;

CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

231, 233;

CONSTITUCIONALIZAÇÃO

150, 154-157, 169-170, 187, 259-260;

CONSUMIDOR

47, 156, 160, 179, 218, 228-229, 239, 245, 247-252;

CONTRATO

48, 51-52, 111, 189-190, 212, 215, 219, 239-252, 350, 359, 441;

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

212;

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

134, 138, 143;

COOPERAÇÃO

17-20, 22, 25, 27, 29-32, 63-64, 91, 111, 149, 151, 154, 160, 169, 177, 179-187, 189-190, 195, 240-241, 243-246, 251, 285, 521;

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

17-20, 22, 27, 29;

CORRUPÇÃO

23, 108, 118, 160, 211-212, 258, 274, 278, 288, 347-351, 356-359, 361;

CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL

18-19, 29;

DEMANDAS REPETITIVAS

70, 73, 77-82, 156, 199-200;

DESCONSIDERAÇÃO

43-45, 50-52, 54;

DESPESAS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS COLETIVOS

123;

DEVER DOS ADMINISTRADORES

222;

DEVERES DOS ADMINISTRADORES

218;

DIREITO À INFORMAÇÃO

222-223, 381, 384-385, 391-392, 394, 396-397, 405;

DIREITO DO ACIONISTA

222;

DIREITO PROCESSUAL

28, 59, 104, 147-148, 150-155, 157, 164, 169-170, 174, 177, 179-180, 184-185, 540, 542-543;

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

75, 78-79, 81;

DIREITOS REPETITIVOS

79;

ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

233-234;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

59, 68, 83, 87-88, 93, 97-100, 105-106, 108-111, 113, 118, 120, 293, 247, 249, 356-358, 429-432, 438-439, 441-444, 446, 448;

INFRAÇÃO PENAL
39-41, 276-277, 279, 411;

INTERESSE PÚBLICO
69, 92, 159, 165, 172-176, 184-185, 189, 193, 197, 202, 212-213, 215, 259, 262-263, 293-294, 296-297, 314, 384, 386, 389, 391, 393, 396-399, 405, 443, 542;

INTERJUSFUNDAMENTALIDADE
231, 233;

IRREGULARIDADES PROCESSUAIS
68;

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL
233, 235;

JURISDIÇÃO GLOBAL
233;

LEGITIMIDADE ATIVA
75-77, 134, 136, 139, 143;

LIVRE INICIATIVA
43-44, 47-48, 52-54;

MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU
17, 20, 22-25, 27, 30-32;

MANDADO EUROPEU DE OBTENÇÃO DE PROVAS
17, 20, 25-26, 28, 31-32;

MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA
59-63, 74, 76, 80, 83-84, 97, 100-101, 118, 127, 130;

MÍNIMO EXISTENCIAL
44, 46-47, 52-54;

NORMAS FUNDAMENTAIS
64, 147-148-150, 152-155, 167-170, 174-176, 190, 202;

PERSONALIDADE
43-45, 47, 50-54, 139, 295, 312, 315, 317-318, 325, 328, 477, 545;

PESSOA COLETIVA
43-45, 47, 51-54;

PODER DE POLÍCIA DO MAGISTRADO
66-67;

PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO
65, 86;

PRAZOS PROCESSUAIS
65-66, 156, 173;

PREVENÇÃO
30, 41, 126-130, 183, 186, 197, 285;

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
64, 178-179, 244, 247;

PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO DAS DECISÕES JUDICIÁRIAS NO ESPAÇO JUDICIÁRIO EUROPEU
17;

PROCESSOS COLETIVOS
62-65, 67-69, 79, 82-85, 87-88, 90, 93, 101-102, 104-106, 109-113, 119, 123, 125-126, 128-132, 173, 200;

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
41, 134, 140, 143, 559-560;

PRODUÇÃO DAS PROVAS
66, 125, 173, 183, 282;

PROVENTOS DO CRIME
17, 20, 28-32;

REGIME DA PRECLUSÃO IMEDIATA
82;

RELAÇÃO TRANSCENDENTAL PERMANENTE
232;

RELATIVIZAÇÃO
51, 54, 174, 231, 311;

REPERCUSSÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS
85, 112;

RESPONSABILIDADE CIVIL
191, 217-218, 266, 513;

SEGURANÇA JURÍDICA
77, 92, 100, 156-157, 164, 192, 211-212, 318, 468, 509, 545;

SEMIOSE CONSTITUCIONAL
141;

SISTEMA DO FAIR NOTICE
70, 79-81;

SISTEMA RIGHT TO OPT IN OR OUT
79, 81;

SOCIEDADES ANÔNIMAS
217-219, 265-266;

SOLUÇÃO DE CONFLITOS
173;

TRANSCONSTITUCIONALISMO
232-234;

UNIÃO EUROPEIA
17, 19-25, 27-28, 30-32, 45;

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br