

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 67 jan./mar. 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,

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

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-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

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-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

Esta edição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, primeira das quatro do exercício 2018, segue a mesma linha editorial das anteriores, trazendo aos nossos leitores reflexões sobre direito, cidadania, política, desenvolvimento social, todos temas de indiscutível relevância no discurso jurídico e sociopolítico.

O objetivo é provocar um diálogo sobre questões contemporâneas de significativa importância para os operadores do direito. A partir deste número, temos ainda a grata satisfação de inaugurar a seção “Memória Institucional – Personalidades”, que enaltece grandes vultos de nossa Instituição, projeto do Centro de Memória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No âmbito jurídico, a Revista conta com a colaboração de membros convidados e outros articuladores que, à luz do atual contexto sociológico e jurídico, lançam um olhar acurado sobre questões que perpassam os direitos humanos, o direito punitivo, o atendimento socioeducativo, o sistema prisional, o ativismo judicial, a tutela coletiva, o processo brasileiro, a educação e o desarmamento. São temas propícios ao debate e que emergem dos desafios da atualidade, devendo ser enfrentados para a evolução da ciência jurídica.

No âmbito da atividade funcional da instituição, combativos colegas nos presenteiam com laboriosas peças e pareceres judiciais.

Não menos importante é a construção jurisprudencial emanada de recentes julgados dos nossos Tribunais Superiores, de indiscutível relevância e que fazem parte da pauta deste exemplar.

No campo jurídico internacional, é divulgado o *caso Tarazona Arrieta e Outros vs. Peru*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgado que considerou o Estado de origem responsável pela violação do princípio da razoável duração do processo penal.

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

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Reflexões Filosóficas e Utópicas sobre o Tempo Jurídico de Punição <i>Adolfo Borges Filho</i>	17
A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Referencial de Subsidiariedade <i>Emerson Garcia</i>	33
A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas <i>Eugênio Rosa de Araújo</i>	39
Da Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos e a Inexistência de Foro por Prerrogativa de Função <i>Fabrcio Rocha Bastos</i>	55
Atendimento Socioeducativo Destinado às Adolescentes em Privação de Liberdade no Estado do Rio de Janeiro: Elas Existem? <i>Flávia Alt do Nascimento</i>	73
Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana <i>Flávio de Araújo Willeman</i>	117
Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Antonio do Passo Cabral</i>	137
Abertura Constitucional e Segurança Jurídica: uma Primeira Leitura sobre o PLS 349/2015 à Luz do Direito à Educação <i>Hirminia Dorigan de Matos Diniz</i>	167
A Violação do Princípio da Legalidade pelas Normas Penais em Branco: uma Visão Sistematizada do Estatuto do Desarmamento <i>Matheus Muniz Guzzo</i>	183
Garantismo <i>versus</i> Punitivismo: o Equívoco da Contrariedade <i>Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos</i>	199

Observatório Jurídico

A Advocacia e o Ministério Público <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	227
Sobre o Financiamento dos Partidos Políticos <i>Jorge Miranda</i>	229
10 Anos do Módulo Criança e Adolescente – MCA <i>Rodrigo César Medina da Cunha</i>	231

Peças Processuais

Pareceres

- Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Apuração de eventual infração penal por parte de Delegado de Polícia. Discussão acerca do foro por prerrogativa de função.
Emerson Garcia **239**
- Parecer Jurídico. Imunidades tributárias previstas nos arts. 150, VI, c, e 195, §7º, da Constituição Federal.
Ives Gandra da Silva Martins **257**
- Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 3ª Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude junto à 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação. Ação Civil Pública. Decreto Estadual nº 41.553/2008. Utilização de armas não letais para contenção e segurança no cumprimento de medida socioeducativa.
Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
Helene Vieira Ramos **277**
- Parecer Judicial. Promotoria de Justiça Eleitoral. Registro de Candidatura. Requerimento realizado por coligação partidária para fins de concorrer ao cargo de prefeito municipal.
Leonardo Cuña de Souza **291**
- Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Multa pessoal aplicada ao agente público fundada no artigo 77, §2º, do CPC, recalcitrância no descumprimento do provimento judicial.
Maria Amélia Barretto Peixoto **301**

Memória Institucional – Personalidades

- Nota Introdutória **329**
- O Príncipe do Júri. Dr. Everardo Moreira Lima **331**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

- Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 145.576/São Paulo. Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Possibilidade de conversão de prisão preventiva em custódia domiciliar com fundamento no art. 318 do Código de Processo Penal. Necessidade de demonstração da real imprescindibilidade da genitora para com os cuidados do filho.
Segunda Turma, 20/02/2018 **343**

Agravo Regimental em Medida Cautelar Suspensão Liminar nº 853/São Paulo. Agravo Regimental em Medida Cautelar em Suspensão de Liminar. Prefeito municipal. Afastamento de cargo eletivo. Medida Cautelar deferida. Recondição. Exaurimento do mandato popular. Perda superveniente do objeto da ação. <i>Plenário, 01/02/2017</i>	363
--	------------

Jurisprudência Cível

Mandado de Segurança nº 32.201/Distrito Federal. Direito Administrativo. Mandado de Segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. <i>Primeira Turma, 21/03/2017</i>	377
---	------------

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Recurso em <i>Habeas Corpus</i> nº 81.451/Rio de Janeiro (2017/0043808-8) Inserção de dado falso em currículo <i>lattes</i> . Falsidade ideológica. Atipicidade. Ocorrência. Trancamento da Ação Penal. Peculato-furto por omissão relevante. Descrição fática insuficiente. Inépcia da denúncia. <i>Sexta Turma, 22/08/2017</i>	391
---	------------

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.503.007/Ceará (2014/0287939-5). Associação de municípios. Impossibilidade de atuação para tutelar direitos dos municípios em regime de representação processual. <i>Primeira Seção, 14/06/2017</i>	411
Recurso Especial nº 1.431.370/São Paulo (2014/0014169-5). Direito de Família. Emenda Constitucional nº 66/2010. Divórcio direto. Requisito temporal. Extinção. Separação judicial ou extrajudicial. Coexistência. Institutos distintos. Princípio da autonomia da vontade. Preservação. Legislação infraconstitucional. <i>Terceira Turma, 15/08/2017</i>	429

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória	447
Caso Tarazona Arrieta e Outros vs. Peru	449

Noticiário

MPRJ Apresenta "MP em Mapas" para Representantes da Universidade de St. Gallen ..	509
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	511



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Reflexões Filosóficas e Utópicas sobre o Tempo Jurídico de Punição

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução. 2. O Tempo Jurídico de Punição. 2.1. O Tempo Jurídico como Simples Medida da Punição. 2.2. A Pena-Castigo como Regra. A Tentativa de Recuperação do Apenado como Exceção. 2.3. A Prisão como Sinônimo do Tempo de Punição. A Hipocrisia do Sistema Penitenciário. A Lucidez de Foucault. 3. O Tempo Ético-Jurídico de Punição. 3.1. O Ideal de Conciliação do Tempo Jurídico com o Tempo Subjetivo: o Tempo Ético-Jurídico de Punição. 3.2. A Pena de Duração Indeterminada como Sugestão para Essa Conciliação. 4. Conclusão. Nota. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A questão do *tempo* vinculado à punição pode passar despercebida se ficarmos intelectualmente restritos aos lindes estreitos da conceituação jurídica. Ao percorrermos o código penal brasileiro, por exemplo, fica patente a opção do legislador pela fixação da pena privativa de liberdade, tendo por supedâneo o *tempo*: crime de furto = um a quatro anos de reclusão. Vislumbramos, entretanto, a possibilidade de uma reflexão mais abrangente do sentido filosófico dessa escolha do *tempo como medida de punição*. Assumimos a perplexidade de constatar a presunção do legislador e dos aplicadores do Direito em lidarem com o *tempo* como algo concreto e mensurável, como uma realidade que pode ser estabelecida no presente e projetada para o futuro, destinada ao sujeito infrator. Delimitar o tempo, com a certeza de sua aplicação (integral ou não) é uma forma de tentar dominar um fenômeno impalpável e de difícil conceituação. Pode-se constatar, de pronto, o binômio tempo-castigo que recai num ser humano, cuja existência recebe, antecipadamente, uma rotulação jurídica para vigor naquele prazo fixado por uma sentença de condenação. O *tempo jurídico* é, a princípio, sinônimo de castigo. A privação da liberdade entra em cena para formar o conteúdo essencial do punir. Mas o punir não pode ter, por conteúdo, apenas o castigo. O castigo, como algo isolado, destrói *existências* com a ajuda inexorável do tempo. É preciso atentar, portanto, para o fluir de um tempo subjetivo concomitante – a ser vivenciado pelo condenado – que possa lhe propiciar uma oportunidade de reflexão sobre o seu *existir* durante o cumprimento da pena e, talvez, apontar-lhe um caminho de recuperação em termos de reinserção no corpo social.

* Especialista em Filosofia e Existência pela UCB. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ. *Visiting Scholar* na *Harvard Law School* no ano acadêmico 1980/1981.

Por força de nossa experiência profissional na área do Direito como membro do Ministério Público, conhecemos a trágica realidade de nosso sistema penitenciário. Trabalhamos, na década de oitenta, durante quase seis anos, como promotor de justiça titular da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, constatando, mormente através das visitas de inspeção obrigatórias a estabelecimentos prisionais, que vidas humanas – constituídas na sua maioria absoluta de indivíduos pobres – são enjauladas por períodos de tempo diversos para cumprimento do castigo imposto pela sociedade.

A grande mentira da *ressocialização* do preso, como paradigma-mor do sistema, é uma fantasia insustentável. Quando focalizamos, na memória, a última visita de inspeção realizada no Instituto Penal Ary Franco (Água Santa), no Rio de Janeiro, enxergamos, novamente, uma cela de trinta metros quadrados, povoada por trinta internos que disputavam, para suas necessidades fisiológicas, um buraco fétido num canto do recinto. O cheiro reinante no ambiente e o ruído de vozes nervosas, descontraídas e indecifráveis provocaram-nos uma náusea súbita e, no mesmo instante, uma dúvida existencial assomou em minha mente: “e se fosse eu a vítima deste absurdo?” Lembramo-nos, também, com muita tristeza, da última visita de inspeção feita no Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, que batizamos de “Casa dos Mortos”, homenageando o livro do grande Dostoiévski, e que ensejou um relatório, em cuja conclusão fizemos o seguinte apelo-desabafo:

Voltamos para o mundo dos vivos chocados com tudo o que vimos. O Manicômio Judiciário não existe. Aquilo não é um hospital. Aquilo é uma miniatura de campo de concentração. Ali não se recupera ninguém. Ali se degenera. Ouso apresentar uma sugestão apesar de ter plena consciência de que não será acatada: *vamos fechar o Manicômio Judiciário Heitor Carrilho*; vamos transferir os doentes para um lugar decente, para um verdadeiro hospital. Vamos construir um novo Manicômio Judiciário Heitor Carrilho. Pode ser sonho, mas como diz MILAN KUNDERA, “o sonho é a prova de que imaginar, sonhar com aquilo que nunca aconteceu, é uma das mais profundas necessidades do homem”.

Não nos convence, portanto, uma visão puramente jurídica para o tempo de punição. Nosso espírito pede mais; ele busca, na verdade, um conteúdo *ético* para esse tempo. Esperamos que o presente artigo possa superar a mera catarse pessoal e que se constitua numa espécie de estímulo para novas reflexões focadas numa mudança de paradigma na área jurídica do punir.

Em suma: tentaremos demonstrar que *o tempo jurídico de punição* pode se conciliar com *o tempo subjetivo filosófico*, através de um conteúdo ético, convolvendo-se num *tempo ético-jurídico de punição*. Sem, obviamente, a pretensão de Michel Foucault quando afirma que:

Escrever não me interessa senão na medida em que o que é escrito se incorpore à realidade de um combate, a título de instrumento, de tática, de esclarecimento. Gostaria que meus livros fossem como bisturis, coquetéis *Molotov* ou galerias de minas e que eles se carbonizassem depois de seu uso do mesmo modo que fogos de artifício. (Foucault *apud* Boullant 2003:10).¹

2. O Tempo Jurídico de Punição

2.1. O Tempo Jurídico como Simples Medida da Punição

O “tempo de punição” nasce com a lei e se baseia na gravidade do delito. Quanto mais lesiva a infração, maior o tempo de punição. Em determinados países, a prisão perpétua figura como sendo o tempo máximo da permanência do condenado afastado da sociedade. Na verdade, ela não deixa de ser um eufemismo da pena de morte. Uma morte em vida. O que se pretende com a fixação do tempo jurídico de punição é o estabelecimento do “medo da prisão” como forma principal de prevenção da criminalidade. O tempo de punição, como concretização do medo de ser preso, é o tempo cronológico, aquele tempo que impacta a consciência do potencial delinquente. A própria mídia dá ênfase ao “tempo da punição” quando noticia a ocorrência de determinado delito. É o tempo com todo o seu peso, com toda a sua carga de negatividade, significando o encurtamento da vida com a perda ou a restrição da liberdade. Enquanto norma em abstrato, esse “tempo” permanece escrito na lei e perdura indefinidamente até que outra lei sobrevenha, seja para abolir o crime, seja para alterar a pena. A norma concreta é ditada por uma sentença condenatória e individualiza o tempo para um determinado sujeito que passa a ter o seu próprio “tempo de punição”.

Interessante é que o próprio Estado, pretense portador de uma vontade oriunda da sociedade, parece temer esse “tempo de punição”. Tanto assim que criou a “prescrição da pena” como meio indireto de favorecer o delinquente, caso o sistema penal demore na investigação de um crime ou retarde o próprio processo judicial dentro de um determinado tempo que varia, também, de acordo com a gravidade do delito: quanto mais grave o delito, maior o tempo para que se alcance a prescrição. Neste caso, é a sociedade que se vê diante de uma espécie de “angústia” causada pela impunidade do infrator. De qualquer forma, o “tempo cronológico” entra em cena como regulador desse instituto jurídico.

O tempo serve também como pressuposto básico para a decretação das determinadas prisões cautelares: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva. São medidas processuais que podem ocorrer antes do trânsito em julgado da

¹ *“Écrire ne m'intéresse que dans la mesure où cela s'incorpore à la réalité d'un combat, à titre d'instrument, de tactique, d'éclairage. Je voudrais que mes livres soient des sortes de bistouris, de cocktails Molotov ou de galeries de mines, et qu'ils se carbonisent après usage à la manière des feux d'artifice”* (Foucault *apud* Boullant 2003:10).

decisão condenatória. Percebe-se que essas medidas processuais, ditas acautelatórias, são reguladas pelo “tempo” e significam tão somente o afastamento provisório do suspeito do meio social onde vive. O tempo de punição é antecipado e se baseia, também, no tempo cronológico, sem qualquer preocupação com a subjetividade do “preso”. E essa privação da liberdade, em muitos casos, acaba convalidada em definitiva no caso de a “prisão cautelar” se estender durante todo o processo.

2.2. A Pena-Castigo como Regra. A Tentativa de Recuperação do Apenado como Exceção

O que chama a atenção é justamente essa presunção de que aquele tempo fixado pela lei será de fato cumprido pelo infrator. O tempo de punição é amedrontador; ele se impõe à sociedade como algo que possui a força de encurtar a existência ou, aparentemente, de alongá-la por meio do *tédio*. Pela letra fria de um código penal, lança-se alguém num cárcere por trinta anos com a certeza de um “dever estatal cumprido”. O tempo de punição se caracteriza, portanto, como um *tempo de castigo*.

O tempo de punição é demarcado pelos ponteiros do relógio. O “aqui e agora” de determinados excluídos deve se prolongar o máximo possível nos cárceres para que a aparente “normalidade social” não seja perturbada. A responsabilidade pelo passado do delinquente e, como consequência lógica, pela possibilidade de sua recuperação, não entra em cena nessa economia do tempo porque se houvesse de fato um interesse na reinserção do infrator, a experiência histórica acumulada – ensejando estudos e pesquisas de alto nível intelectual – teria propiciado uma mudança de paradigma; o que de fato não ocorreu, a não ser como isoladas exceções. Por outro lado, constata-se, atualmente, um recrudescimento da criminalidade violenta, reforçando a ideia do aprisionamento do criminoso temporalmente alargado. A “garantia” de um tempo de afastamento maior produz uma falsa sensação de segurança para os que estão do lado de fora do sistema penitenciário.

Como bem assinalado por Michel Foucault:

A duração intervinha, sem dúvida, no antigo sistema das penas: dias de pelourinho, anos de banimento, horas passadas a expirar na roda. Mas era um tempo de prova, não de transformação concertada. A duração deve agora permitir a ação própria do castigo:

Uma série prolongada de privações penosas, poupando à humanidade o horror das torturas, afeta muito mais o culpado que um instante passageiro de dor... Ela renova sem cessar aos olhos do povo que serve de testemunha a lembrança das leis vingadoras e faz a todos os momentos reviver um terror salutar.

O tempo, operador da pena. (Foucault 1977: 96-97).

2.3. A Prisão como Sinônimo do Tempo de Punição. A Hipocrisia do Sistema Penitenciário. A Lucidez de Foucault

A prisão se apresenta como consequência lógica do tempo de punição. Ela tem como arquétipo o medo e o seu desenho no imaginário coletivo é de uma cela com grades onde o indivíduo marginalizado é lançado para cumprir o seu castigo. A penitenciária, o presídio, a cadeia e o xadrez só se tornam agradáveis nas situações excepcionais de visita que os familiares de um preso, por exemplo, realizam no final de semana. Talvez esse *tempo* de permanência “agradável” ainda caia melhor para uma turma de estudantes universitários visitando, pela primeira vez, uma penitenciária. É possível que, mesmo para os que trabalham como agentes penitenciários, aquelas instalações, depois de algum tempo, se tornem lugares insuportáveis, tornando-se um mal necessário nas suas existências. Mas, para o preso, o *tédio* é inexorável e, ao mesmo tempo, paradoxal. Paradoxal porque, aparentemente, o tempo se alonga em virtude do aprisionamento forçado; no entanto, esse falso alongamento representa, de fato, um encurtamento de sua própria existência.

O que é dado, em termos de mundo, ao preso? Numa visão otimista, pomos, como exemplo, a penitenciária com o seu conjunto arquitetônico característico: celas individuais e coletivas, solitárias, ala administrativa, biblioteca, quadra de esporte e oficinas de trabalho. Fato é que o sentimento de *tédio* permanece durante o tempo em que o interno cumpre sua pena no sistema. Essa rejeição está diretamente relacionada com a própria estrutura física do local destinado ao cumprimento da pena. É ali onde o preso se submete ao *tempo* de espera nos limites impostos pelo Estado-Juiz. Quanto mais rigoroso o castigo, quanto mais exasperado o confinamento, mais acentuado se torna o sentimento de *tédio* do condenado. O olhar para o relógio se transforma num olhar para o calendário e, no caso de uma pena de prisão perpétua, o olhar pode se dirigir para a própria morte. Ousamos imaginar que o ser humano condenado à prisão perpétua, para não descambar no abismo da loucura, procurará sempre nutrir o seu imaginário com o desejo de uma fuga espetacular que o retire daquele “inferno”, devolvendo-lhe a própria existência. O que fazer durante esse longo tempo de espera? Cremos que o sofrimento imposto por essa espera extrapola o *tédio*, engendrando a irresignação e o ódio.

Mesmo no interior de uma cela, isolado dos demais presos, a situação pode variar de acordo com a formação profissional ou intelectual do condenado. A leitura, ainda que censurada, pode ser um *passatempo*. A decisão de escrever um livro autobiográfico ou de realizar um estudo de determinado autor podem ser saídas para o *tédio*. O trabalho penitenciário é, na realidade, uma espécie de *passatempo* que se oferece ao preso como forma de atenuar-lhe o *tédio* e de mantê-lo ocupado com “algo positivo” que seja, inclusive, eficaz na prevenção de eventual plano de fuga. Obviamente, como já assinalamos acima, o maior desejo de um preso mentalmente é o de buscar sempre uma saída para aquela situação de *tédio*.

Michel Foucault, ao ser indagado sobre o “trabalho penitenciário” respondeu que:

(...) a partir dos anos 1835-1840, tornou-se claro que não se procurava reeducar os delinquentes, torná-los virtuosos, mas sim agrupá-los num meio bem definido, rotulado, que pudesse ser uma arma com fins econômicos ou políticos. O problema então não era ensinar-lhes alguma coisa, mas, ao contrário, não lhes ensinar nada para se estar bem seguro de que nada poderão fazer saindo da prisão. O caráter de inutilidade do trabalho penal, que está no começo ligado a um projeto preciso, serve agora a uma outra estratégia. (Foucault 1981: 133-134)

O grande pensador social, psicanalista Hélio Pellegrino, desabafou:

A ordem social brasileira é intrinsecamente perversa. Ela é concentradora de renda e excludente, no mais alto grau. Na favela, tal como está organizada, reproduz-se semelhante estrutura. Há uma socialização da delinquência. Esta deixa de ser propriedade privada do capitalismo selvagem e passa a ser modelo da miséria, seu projeto estruturante. (Pellegrino 1988: 177-178)

O que sobra para o sistema penitenciário brasileiro? O lixo dos lixos, evidentemente. Em processo cível, referente à indenização por morte de preso em penitenciária desta cidade do Rio de Janeiro, escrevemos o seguinte:

A execução penal (do pobre) no Brasil começa na concepção. O filho da miséria é condenado à pena de vida marginalizada, desde que consiga vencer as desgraças da infância. Quando consegue ser “homem de bem”, sobrevive de subemprego. Pode também se transformar num mendigo ou num doente mental. Mas o destino mais cruel é a criminalidade. Nesse último campo, pode acabar morrendo na rua, abatido que nem um animal selvagem. Pode ser recolhido a uma unidade do sistema penitenciário, onde se aperfeiçoará na delinquência ou encontrará a morte pela AIDS ou pelas mãos de colegas de infortúnio. Hipocritamente, se apregoa a ressocialização do “bandido” preso. Como ressocializar o que nunca foi socializado? Hipocritamente, se prega a pena de morte quando ela já existe, aberta e informalmente.

O Mestre ROBERTO LYRA descreveu a prisão como sendo:

rotura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra sociedade. Prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida. RUI BARBOSA considerou a prisão por 30 anos eufemismo da pena de morte. É pior do que a pena de morte. Eliminação lenta. “Mofando”, “apodrecendo”, dizem as vítimas. É “pena perpétua” – inconstitucional – prisão do velho e do doente que vai morrer preso. As mulheres morrem mais depressa. Toda pena encurta a vida. A pena é sempre longa, por mais curta, pela memória, pela imaginação, pelo desgaste, pelo estigma. Todos reconhecem a nocividade de prisões curtas ou longas, recorrendo, aliás, inutilmente, para umas à suspensão da execução, para outras, livramento condicional e vários expedientes inoperantes contra umas e outras. (Lyra 1971: 108)

A lucidez de Foucault reside justamente no fato de haver capturado a real imagem do sistema carcerário, desvendando a sua inutilidade como meio de a sociedade cuidar do ser humano marginalizado. Por outro lado, destacou que o próprio sistema acaba se transformando numa espécie de “fábrica de delinquentes”:

A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? (Foucault 1977:235)

Conclui-se, portanto, que o *tempo jurídico* é, em tese, frio e impiedoso. Ainda que se estabeleçam penas mitigadas ou alternativas para a execução da sentença, na maioria quase absoluta das vezes – e este fenômeno tem se acentuado à medida que a população aumenta e o número de condenados cresce – a prisão continua sendo o modelo *preferencial* de resposta do Estado ao delito praticado. A prisão como isolamento, como condenação a uma solidão duradoura ou a uma promiscuidade assustadora. Seres enjaulados ou trancafiados em celas inóspitas. O tempo é o castigo, por excelência.

3. O Tempo Ético-Jurídico de Punição

3.1. O Ideal de Conciliação do Tempo Jurídico com o Tempo Subjetivo: o Tempo Ético-Jurídico de Punição

O tempo jurídico de punição é objetivo e medido, dia após dia, pelo calendário. Trata-se de um tempo cronológico onde a databilidade entra em cena, oferecendo, por exemplo, os marcos de início e de fim do cumprimento da pena. Seria o *tempo público* heideggeriano:

§80. Se a ocupação do tempo pode realizar-se, a partir de dados do mundo circundante, no modo caracterizado da datação, isso, no fundo, só acontece no horizonte de alguma ocupação do tempo que conhecemos como a *contagem do tempo*, própria da astronomia ou do calendário. (Heidegger 2007: 506/507)

Há, também, uma preocupação do legislador em definir *prazos temporais*, proporcionais ao tamanho da pena, para a obtenção de benefícios progressivos, até a extinção da expiação. O sujeito condenado fica à mercê do Estado durante um lapso temporal. A sua liberdade de ir e vir é obrigatoriamente restringida durante um determinado tempo fixado pela lei e ratificado pela justiça humana. Não importa o que, *subjetivamente*, aquele ser-condenado vivenciará. O que importa é que se afastará compulsoriamente do convívio social por um tempo fixado e delimitado pelos dias, horas, minutos e segundos. Será que ele viverá o suficiente para cumprir aquele tempo? Será que ele aproveitará aquele tempo para uma mudança de rumo na sua existência? O que será que o espera por detrás daquele muro, no interior daquela prisão? O importante é o *tempo*. O tempo objetivo na sua sucessão contínua de dias, meses, anos. O tempo do calendário e do relógio. E, em determinados países, onde a prisão perpétua é legalmente prevista, a morte será o *dies ad quem* desse tempo. Prevalece, assim, o *tempo como mera punição*. No Código Penal brasileiro existem artigos que exemplificam tal assertiva:

Contagem de prazo

Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Frações não computáveis da pena

Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

Limite das penas

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

Falar-se em *tempo subjetivo* do preso, em termos jurídicos, é entrar numa espécie de abstração. Independentemente de qualquer investigação filosófica, o tempo cronológico de punição, sob a ótica da existência humana, se torna necessariamente um tempo subjetivo e, assim, portador de um *conteúdo* que pode ser trágico ou restaurador. No momento em que a liberdade de alguém é coarctada, aquele tempo objetivo se transforma e se subjetiva, passando a ter um *conteúdo existencial*. Heidegger analisou com bastante profundidade o *tédio* que, a nosso juízo, passa a ter um lugar de destaque na psique de um *ser* submetido ao encarceramento forçado. Diz o grande filósofo:

Tédio (o tempo longo) – o *tempo* torna-se *longo*. Que tempo? Um tempozinho qualquer? Não, mas o tempo durante o qual o ser-áí enquanto tal é, o tempo que mensura a perduração acordada ao ser-áí, o tempo durante o qual ele deve ser em meio a este ente, havendo-se com ele e, assim, consigo mesmo. É todo este tempo – e, contudo, um tempo curto. Assim, cada ser-áí é uma vez mais um pequeno tempo. (Heidegger 2006: 180)

O tempo jurídico de punição pode, portanto, abrigar um conteúdo ético que o libere da pecha de um mero tempo-castigo, propiciando, assim, uma conciliação entre os dois tempos, convolvendo-se num *tempo ético-jurídico de punição*. Este “novo tempo de punição” decorreria, por sua vez, de uma *conscientização* da própria sociedade livre, independentemente de qualquer iniciativa estatal, acerca dos *direitos humanos fundamentais* que se aplicam, indistintamente, a todos os cidadãos. Conforme assinalado por Lévinas: “O cuidado com os direitos humanos não é uma função estatal, é no Estado uma instituição não estatal, é o chamado da humanidade ainda não realizado no Estado”. (Poirié, 2007:111)

3.2. A Pena de Duração Indeterminada como Sugestão para Essa Conciliação

A *equidade* pode ser o ponto de partida na busca de um conteúdo ético para o tempo jurídico de punição. No ensinamento de Fábio Konder Comparato, a equidade:

Consiste na correção do que há de excessivamente genérico na norma legal. Por isso, a equidade tem sido qualificada como a justiça do caso concreto. Toda lei (*nómos*), frisou Aristóteles, tem um enunciado necessariamente geral, pois o legislador leva em

consideração, tão-só, os casos mais frequentes. Nesse sentido, a lei se distingue do decreto (*psephisma*), que atende a situações específicas e concretas. Ao surgir um caso não incluído de modo explícito no texto da lei, é de justiça interpretá-la num sentido mais preciso e concreto, a fim de estender a norma genérica à hipótese em questão, atendendo-se, assim, mais o espírito do que à letra da lei. (Comparato, 2006: 528)

A partir do veredicto: “A responsabilidade pelo outro”, no juiz, “é uma exigência que aumenta à medida que se lhe responde, uma impossibilidade de se quitar da dívida, e assim uma impossibilidade de adequação: uma excedência sobre o presente” (Levinas 1993: 210).

E nessa linha de raciocínio, parece-nos que a adoção da denominada *sentença indeterminada*, no nosso sistema processual-penal, pode contribuir, em muito, para essa mudança de paradigma, já que ela trabalha com o fenômeno *tempo* de uma forma mitigada e mais favorável à recuperação do apenado.

O grande jurista brasileiro, Professor Alípio Silveira, escreveu um precioso artigo intitulado “A Sentença Indeterminada nos Estados Unidos”, publicado na *Revista Justitia* do Ministério Público do Estado de São Paulo (*vide*: www.revistajustitia.com.br/revistas/xwb872.pdf), estabelecendo os contornos teóricos e práticos desse instituto jurídico que ora gizamos. Destacamos do artigo os excertos transcritos nas linhas que seguem.

A sentença indeterminada surgiu, modernamente, como uma experiência destinada a melhorar os métodos penais de prevenção ao crime. Substitui as noções de expiação, punição e retribuição pelas de correção e tratamento protetor. Como o tratamento não pode ser prefixado, resulta que sua duração deve adaptar-se aos vários casos, isto é, deve ser fixada posteriormente à sentença.

A sentença indeterminada pouco ou nenhum valor teria se fosse apenas um castigo de duração indeterminada.

E, mais adiante, prossegue o eminente jurista:

A expressão “sentença indeterminada” parece ter sido lançada por Brockway, o norte-americano que introduziu o sistema e foi o fundador do famoso Reformatório de Elmira em Nova York. Ele a propôs no Congresso da *American Prison Association*, celebrado em 1870 em Cincinnati. A expressão pegou, mas tem sido frequentemente e no

todo justamente criticada. As objeções acentuam que a pena, e não a sentença, é indeterminada; e pode-se mesmo acrescentar que, de fato, a pena, ela própria, não é e não pode ser indeterminada. Com efeito, mesmo em se tratando do sistema de indeterminação absoluta acima definido, o juiz, em sua sentença, terá de especificar a medida aplicável, entre aquelas que lhe são oferecidas pela lei. A indeterminação, uma vez proferida a sentença, se refere apenas à duração da pena, e existe só quando tal duração deve ser determinada a posteriori, à vista do tratamento proporcionado e dos seus efeitos. Esta é a razão pela qual Jiménez de Asúa propôs que os únicos termos a serem usados devem ser “pena determinada a posteriori”, ou “pena de duração indeterminada”. Todavia, o fato é que a expressão tornou-se hoje parte do vocabulário comum dos criminólogos, passou a todas as línguas, e deve, assim, ser adotada.

O artigo 88 da Lei de Execuções Penais pátria estabelece o seguinte:

Artigo 88. O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único: São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores da aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de seis metros quadrados.

Observe-se que a preocupação principal do legislador, no dispositivo legal supracitado, se relaciona à estrutura da “prisão”, como local de confinamento. Fica claro que o “cuidado” diz respeito à integridade física do apenado que não “deve” sucumbir enquanto estiver *existindo* naquele cubículo. Existem indivíduos, condenados por crimes violentos, que devem ser afastados do convívio social por um tempo mais longo, prefixado pela própria lei: *e.g., até 20 anos de reclusão*. O advérbio “até” serve para revelar a indeterminação da pena, impondo-lhe, ao mesmo tempo, um limite máximo.

Fato é que esse *isolamento social* deve ser decidido e executado com *responsabilidade*, respeitando-se os *direitos humanos fundamentais do apenado* e atentando-se para suas necessidades essenciais de corpo e mente. O seu mero confinamento, ainda que numa cela que se alinhe aos contornos legais, certamente não contribuirá para sua recuperação. Importante ressaltar que a construção de estabelecimentos industriais e agrícolas já possui previsão na própria Lei de Execuções Penais conforme se pode ler no seu artigo 91:

Artigo 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Entretanto, pouco se tem feito, em termos concretos, para implementar novos projetos que se coadunem com a vontade do legislador. Na verdade, com o aumento da criminalidade nos grandes centros, a preocupação dos governantes se volta para a construção de novas unidades de segurança máxima capazes de abrigar um maior número de presos, nos moldes da pena de prisão tradicional, como mero *tempo-castigo*. E o que se constata, na prática, é a superlotação desses estabelecimentos, animalizando-se, de maneira cruel, seres humanos.

Na época em que exercíamos uma das promotorias de justiça na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, constatamos, presencialmente, o que significava, para um interno, o cumprimento de pena num estabelecimento prisional humanizado. O Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, em Niterói, ganhou o apelido de “sítio do pica-pau amarelo” pelo fato de estar situado num local ameno, com pavilhões de celas individualizadas, amenizados pela existência de área verde onde se cultivava uma horta e se criavam porcos. Havia, também, salões para trabalho de marcenaria e produção de artigos artesanais. Deparamo-nos com um caso *sui generis*: um egresso daquele instituto, por ter mais de cinquenta anos, não conseguira qualquer oferta de emprego de volta à sociedade; sem família e sem meios de subsistência, acabou virando morador de rua. Dirigiu-se, então, à direção da penitenciária solicitando o seu retorno ao sistema. A solução encontrada foi readmiti-lo no “sítio do pica-pau amarelo” como empregado, na função de faxineiro. E ele passou a dormir na ala da administração do instituto, ficando obviamente livre para sair quando bem entendesse. Acabou-se chegando a uma espécie de consenso informal (juiz, promotoria e defensoria pública), no sentido de beneficiá-lo com esse esdrúxulo *direito à moradia* até que conseguisse uma ocupação *extramuros*.

O “sítio do pica-pau amarelo”, mesmo com algumas deficiências estruturais, acabou permanecendo no nosso imaginário, traduzindo uma espécie de projeto embrionário do que seria o estabelecimento ideal para o cumprimento da pena de *isolamento social*: uma grande fazenda, cercada de muros altos e protegidos, com alojamentos arejados, higiênicos, mobiliados, onde o interno pudesse produzir, levando-se em conta suas aptidões: cultivando a terra, realizando serviços burocráticos ou criando peças artísticas, por exemplo. E é óbvio que o trabalho seria obrigatório e o fruto desse trabalho reverteria, em primeiro lugar, para o sustento do próprio interno e em segundo lugar para a composição dos danos causados à vítima do crime ou a sua família.

A *indeterminação da pena* se vincula, portanto, ao tempo de “isolamento social” que seria imposto ao apenado. Como calcular, de forma precisa, quanto tempo um ser humano deverá ficar afastado do convívio social para se recuperar? Ora, se o isolamento social tem por finalidade oferecer ao apenado uma possibilidade de reflexão e de recuperação, faz-se mister o respeito à “*diferença do Mesmo e do Outro*” que é tão bem pontuada por Lévinas ao se referir ao *tempo*:

O tempo significa a diferença do Mesmo e do Outro. E esta diferença é não indiferença do Mesmo pelo Outro e, de certo modo, o Outro no Mesmo. Mas este não pode destruir a diferença: se o Mesmo puder conter o Outro, então o Mesmo sem nele estar, está “nele”, inquietando-o. (Levinas 1993: 156)

Portanto, cada indivíduo teria o seu *tempo subjetivo* próprio e a indeterminação da pena realçaria essa diferença, estabelecendo-se, assim, uma espécie de copropriedade do tempo: de um lado, o *tempo jurídico*, propriamente dito, relativamente indeterminado; do outro lado, o *tempo subjetivo* do apenado, com a sua possibilidade de escolha voltada ou não para uma futura reinserção social. Uma equipe multidisciplinar avaliaria, periodicamente, a situação do interno antecipando-lhe ou não a liberdade plena. Em resumo: ao apenado, como *sujeito de direitos* e não como mero objeto de punição, seria dispensado um tratamento penitenciário humanitário cujo objetivo principal seria a sua reinserção no convívio social.

4. Conclusão

Na verdade, enquanto o Estado, através de governantes inescrupulosos, ignora os reclamos da cidadania, descambando para a corrupção generalizada e desconhecendo o seu dever de responsabilidade para com o Outro, esse mesmo Estado deixa clara a sua incapacidade de administrar uma justiça séria e atuante. Consoante assinalado por Francis Guibal:

Enquanto se faz absolutamente indiferente e surda à responsabilidade ética pelo outro, a organização sociopolítica não pode preservar nem manter a própria justiça que ele reivindica tomar conta. E a história do século XX está aí para nos lembrar que o Estado de César, apesar de sua participação na essência pura do Estado, é também o lugar da corrupção por excelência e, talvez, o último refúgio da idolatria. (Guibal, 2005: 176)²

Como dar início a essa mudança de paradigma numa sociedade tão injusta? Através da própria *Justiça* na forma em que ela é concebida por Lévinas. Na síntese de François Poirié:

² “Lorsqu’elle se fait absolument indifférente et sourde à la responsabilité éthique pour l’autre, l’organisation sociopolitique ne peut pas préserver ni maintenir la justice même dont elle revendique la prise en charge. Et l’histoire du XXe siècle est là pour nos rappeler que ‘l’État de César, malgré sa participation à l’essence pure de l’État, est aussi le lieu de la corruption par excellence et, peut-être, l’ultime refuge de l’idolâtrie” (ADV, p. 216) (Guibal, 2005:176).

A Justiça rompe a relação Eu-Tu que começava a instaurar privilégios e preferências, ela é “a entrada do terceiro – entrada permanente – na intimidade do face a face”, *Totalidade e Infinito*, ela me obriga a ocupar-me de um outrem que nada é para mim, e obriga outrem a ocupar-se do terceiro que é o outro de *meu* outro. “O terceiro me olha nos olhos de outrem”, *Totalidade e Infinito*. (Poirié, 2007: 46-47)

No seu precioso artigo, *O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer* (Garcia, 2016: 17), o jurista Emerson Garcia assinala que:

Não é preciso lembrar ou explicar o quão complexo é o conceito de verdade. O seu caráter absoluto ou relativo, temporal ou atemporal, objetivo ou subjetivo são apenas alguns aspectos que têm ocupado os estudiosos dessa temática. Apesar da multiplicidade de feições que pode assumir, que variam conforme o paradigma de análise, a dialética erística, por certo, não se afeiçoa ao sincero objetivo de alcançá-la. É um vírus, que contamina e macula a verdade, podendo chegar ao extremo de fazê-la sucumbir.

Quando se fala em “sistema penitenciário”, observa-se um tipo de discurso que tende quase sempre ao academicismo, alcançando, no máximo, o patamar legislativo sem consequências práticas na realidade. Esse discurso se assemelha ao de determinadas campanhas político-partidárias onde as promessas falaciosas de certos candidatos não se inserem, sequer, na sua eventual e futura área de competência. Daí o falsear a verdade, com a indispensável ajuda da denominada “dialética erística”.

De qualquer forma, a etiologia de muitas reformas estruturais, surgidas na sociedade, tem raízes utopistas. Nessa linha de pensamento, a ideia sugerida neste artigo, além de não ser nova, já é praticada em poucos países socialmente desenvolvidos. A conscientização, inimiga da hipocrisia, desconstrói máscaras que a maioria de nós carrega durante longos períodos da existência. O importante é saber escutar os clamores por mudanças; e esse escutar está negativamente comprometido, como nos mostra o grande escritor moçambicano Mia Couto:

Me entristece o quanto fomos deixando de escutar. Deixamos de escutar as vozes que são diferentes, os silêncios que são diversos. E deixamos de escutar não porque nos rodeasse o silêncio. Ficamos surdos pelo excesso de palavras, ficamos autistas pelo excesso de informação. A natureza converteu-se em retórica, num emblema, num anúncio de televisão. Falamos dela, não a vivemos. A natureza,

ela própria, tem que voltar a nascer. E quando voltar a nascer, teremos que aceitar que a nossa natureza humana é não ter natureza nenhuma. Ou que, se calhar, fomos feitos para ter todas as naturezas. (In: "Pensatempos")

Nota: Todas as traduções são feitas pelo autor.

Referências Bibliográficas

- BOULLANT, François. *Michel Foucault et les prisons*. Paris: Philosophies PUF, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado, 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- GARCIA, Emerson. O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 62.
- GUIBAL, Francis. *Emmanuel Levinas ou les intrigues du sens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2ª edição. Petrópolis. Editora Vozes, 2007.
- _____. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Trad. Marco Antônio Casanova, 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2006.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina, 1993.
- LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PELLEGRINO, Hélio. *A Burrice do Demônio*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.
- POIRIÉ, François. *Emmanuel Lévinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Referencial de Subsidiariedade

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Gerais. 2. O Exemplo da União Europeia. 3. O Sistema Convencional de Proteção dos Direitos Humanos. 4. O Sistema Não Convencional de Proteção dos Direitos Humanos. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Gerais

O neologismo subsidiariedade, do latim *subsidiarius, subsidiarii*,¹ é nitidamente polissêmico. Em sua expressão mais simples, pode significar suplemento ou indicar que algo é secundário em relação a um objeto tido como principal. No tecnicismo jurídico, reflete a relação entre duas instituições ou normas, em que uma suplementa a outra em certas circunstâncias.²

Lars Döring³ ressalta que a subsidiariedade pode ser vista como uma especificação do princípio da solidariedade, indicando quando (*Wann*) e como (*Wie*) certos mecanismos de auxílio tornam-se operativos.

Com os olhos voltados à proteção dos direitos humanos, manifesta-se em distintos níveis de intensidade, tanto no direito internacional convencional como no não convencional. O manejo da subsidiariedade nesses planos de análise indica que certas instituições ou normas internacionais somente se tornam operativas se as instituições ou normas nacionais forem ineficazes ou insuficientes à realização de certos fins.

* 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). Publicou, como autor, coautor, coordenador ou tradutor, mais de quatro dezenas de obras jurídicas. Foi examinador em quase uma centena de concursos públicos, sendo Coordenador da Banca de Direito Constitucional em diversos exames nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil. É membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), participando, ainda, da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors*.

¹ A Encíclica do *Quadragesimo anno*, do Papa Pio XI, editada em 1931, em comemoração ao quadragésimo aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, que consagrou a doutrina social e econômica da Igreja Católica, fazia menção ao *subsidiarii officii principio* (princípio das funções subsidiárias). Essa doutrina defendeu a proteção da autonomia de pequenos grupos, incluindo a família, da intervenção desnecessária de grupos maiores, entre os quais incluiu o Estado. Cf. NEUMAN, Gerald L. *Subsidiarity, in: SHELTON, Dinah (Org.). The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, p.360 (361).

² Cf. NEUMAN. *Subsidiarity*. p.360 (361).

³ *Fundament für Europa*. Subsidiarität, Föderalismus und Regionalismus. Münster: Lit Verlag, 2004, p.23.

O principal objetivo a ser alcançado nesse modo de inter-relação entre os sistemas é o de assegurar, até o limite do possível, que o centro de decisões esteja o mais próximo possível do ambiente em que projetará os seus efeitos. Ao dispor que normas e instituições nacionais ocupam o plano principal, a subsidiariedade limita a incidência dos congêneres internacionais. Atua, portanto, como mecanismo de ordenação do exercício de competências paralelas, o que significa dizer que não se aplica aos domínios ocupados exclusivamente por normas e instituições internacionais.⁴

2. O Exemplo da União Europeia

O Tratado de Maastricht, de 1992, instituiu a União Europeia sob os auspícios da subsidiariedade, de modo que a União somente poderia valer-se de certos poderes quando a ação do Estado-membro fosse insuficiente. O objetivo era o de conter o receio generalizado de que a União pudesse intervir nos mais variados domínios, comprimindo, cada vez mais, a esfera de competência de cada Estado-membro.⁵ Com o advento do Tratado de Lisboa, de 2007, o art. 5º, 3, o Tratado da União Europeia passou a dispor que a atuação da União seria justificável não só em virtude da insuficiência como quando pudesse alcançar melhores resultados que os obtidos a nível central, regional ou local.⁶

Vale lembrar que a União Europeia é uma organização internacional de integração, o que lhe permite rever atos praticados pelos Estados-membros, isso sem contar que muitas de suas deliberações possuem aplicabilidade e eficácia direta na ordem jurídica dos respectivos Estados. A respeito do necessário redimensionamento da noção clássica de soberania, remetemos às considerações que realizamos na obra *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional*.⁷

No âmbito da União Europeia, o controle da subsidiariedade pode ser feito *a priori* ou *a posteriori*. O primeiro é realizado por meio de um "mecanismo de alerta precoce"⁸ em que a Comissão Europeia comunica aos parlamentos nacionais seus projetos de atos legislativos, acompanhados de uma detalhada exposição dos elementos circunstanciais que justificam a sua atuação, de modo a permitir a aferição da observância da subsidiariedade. No controle *a posteriori*, por sua vez, a aferição é realizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao analisar um caso concreto.⁹

⁴ Cf. MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.183 e ss.

⁵ Cf. DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne*. 3ª ed. Bruxelles: Editions de L'Université de Bruxelles, 2010, p.89.

⁶ Essa visão da subsidiariedade já tinha sido encampada pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Caso *British American Tobacco*, de 10/12/2002, C-491/01, nº 179.

⁷ 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.10-16.

⁸ Cf. DONY. *Droit de l'Union*., p.91.

⁹ Cf. TJCE, Alemanha vs. Parlamento e Conselho, j. em 13/05/1997, C-233/1994.

3. O Sistema Convencional de Proteção dos Direitos Humanos

Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos tiveram notável desenvolvimento a partir do segundo pós-guerra. Em suas feições embrionárias, buscavam reconhecer direitos mínimos a serem assegurados aos seres humanos e estabelecer mecanismos de orientação, assistência e monitoramento de sua observância, o que, naturalmente, não afastava de cada pactuante o *munus* de principal ou, mesmo, exclusivo garantidor no âmbito do respectivo território. A inobservância desses direitos, quando muito, poderia dar ensejo a uma censura internacional, mas inexistiam mecanismos que permitissem assegurar a sua efetividade.

Novos aperfeiçoamentos foram obtidos com a criação de órgãos com competência para identificar as situações de inobservância dos direitos humanos e, se fosse o caso, determinar a adoção das providências necessárias pelos Estados, desde que tenham decidido, voluntariamente, sujeitar-se a esses mecanismos de controle. O grande desenvolvimento desses mecanismos ocorreu a nível regional, o que certamente decorre da proximidade física entre os Estados e da maior zona de convergência dos valores que prestigiam.

Merecem referência específica o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Corte Interamericana dos Direitos do Homem, previstos, respectivamente, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana dos Direitos do Homem. A principal distinção entre esses órgãos reside no fato de o primeiro deles admitir o acesso direto de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação dos direitos assegurados na Convenção. Essa possibilidade surgiu com o Protocolo nº 11 à Convenção Europeia, de 11 de maio de 1994, pois, até então, as irresignações eram inicialmente encaminhadas à Comissão Europeia e, se entendesse conveniente, desta ao Tribunal. Essa sistemática ainda é adotada no âmbito da Convenção Americana, que não admite o acesso direto de particulares à Corte Interamericana.¹⁰

Uma característica comum a todos os sistemas regionais é a necessidade de exaustão das vias internas. Em outras palavras, um caso somente pode ser submetido à apreciação da instância internacional após as autoridades nacionais terem tido a oportunidade de corrigir a injuridicidade praticada. Essa oportunidade há de ser exercida em tempo razoável, sob pena de a omissão ser interpretada como negativa de reparação. Estará igualmente caracterizada a exaustão das vias internas quando a violação aos direitos humanos for contínua, indicando que a sua institucionalização torna infrutífera a formulação de qualquer requerimento aos poderes constituídos ou quando pretensões similares já tiverem sido indeferidas.¹¹ Com isso, é reconhecida a responsabilidade primária de cada Estado e o caráter subsidiário da proteção internacional.

¹⁰ Cf. GARCIA. *Proteção Internacional*, p.85-95.

¹¹ HILLIER, Timothy. *Principles of public international law*. 2ª ed. London: Cavendish Publishing Limited, 1999, p.177.

Outra manifestação evidente da subsidiariedade decorre do fato de os órgãos de controle, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Corte Interamericana dos Direitos do Homem, ao determinarem o respeito aos direitos humanos, conferirem a cada Estado um substancial grau de discricão na forma de cumprimento de sua obrigação.

4. O Sistema Não Convencional de Proteção dos Direitos Humanos

O reconhecimento de que o ser humano é fim, não meio à disposição das estruturas estatais de poder, tendo uma dignidade a ser protegida e que não pode ser aviltada, acarretou uma sensível releitura do voluntarismo que tradicionalmente caracterizava as relações internacionais.

Graves violações aos direitos humanos tendem a gerar um sentimento de indignação relativamente generalizado e podem ensejar reações da sociedade internacional, ainda que o Estado responsável por essas violações não tenha expressamente anuído com qualquer intervenção em situações outrora enquadradas como de domínio reservado de jurisdição interna. É o que ocorre quando o Estado viola os direitos humanos dos seus próprios nacionais, no interior do seu território. A esse respeito, merece referência, entre os mecanismos, o papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas.

Quando as violações aos direitos humanos atingem tamanha intensidade, sendo consideradas atentatórias à paz e à segurança internacionais, tem sido invocado o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas para permitir a adoção de medidas coercitivas, por parte dessa organização internacional de cooperação, a partir de deliberação do Conselho de Segurança. Foi justamente essa interpretação que embasou a decisão de instalar os Tribunais Internacionais *ad hoc* da antiga Iugoslávia e do Ruanda, com o objetivo de julgar os criminosos de guerra pelas atrocidades ali praticadas. É importante ressaltar que esses Tribunais não tiveram a sua jurisdição reconhecida pelos referidos Estados, sendo imposta pelas Nações Unidas.¹²

O sistema não convencional de proteção dos direitos humanos também rende homenagem ao princípio da subsidiariedade. Afinal, as medidas coercitivas que venham a ser adotadas somente serão justificadas pela não adoção, por parte das autoridades locais, das medidas necessárias à cessação das violações aos direitos humanos e à responsabilização dos infratores.

Epílogo

A subsidiariedade pode ser vista como um princípio indissociável das relações internacionais, que tende a apresentar sensíveis variações conforme transitamos do plano não convencional para o convencional. Ainda que o conceito de soberania tenha passado por realinhamentos com o surgimento das organizações internacionais de integração e o correlato fortalecimento das Nações Unidas, organização internacional

¹² Cf. GARCIA. *Proteção Internacional*, p.127 e ss.

de cooperação voltada à preservação da paz e da segurança internacionais, é evidente que cada Estado de Direito forma uma unidade existencial, que não pode despir-se por completo do poder de mando de que se acha investido em sua ordem interna ou das responsabilidades que dele decorrem. A subsidiariedade, ao reconhecer essas características, diminui as zonas de tensão entre instituições e normas internacionais e os congêneres nacionais, contribuindo, intensamente, para a sua harmônica coexistência.

Referências Bibliográficas

DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne*. 3ª ed. Bruxelles: Editions de L'Université de bruxelles, 2010.

DÖRING, Lars. *Fundament für Europa*. Subsidiarität, Föderalismus und Regionalismus. Münster: Lit Verlag, 2004.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

HILLIER, Timothy. *Principles of public international law*. 2ª ed. London: Cavendish Publishing Limited, 1999.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEUMAN, Gerald L. Subsidiarity, in: SHELTON, Dinah (Org.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, p.360-378.

A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. 3. O Controle de Convencionalidade e a Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos. 4. Ativismo Judicial e as Sentenças Aditivas. 5. Conclusão. Bibliografia. Jurisprudência.

Resumo

Trata-se de um trabalho que pretende demonstrar a distinção, as causas e as perspectivas da “Judicialização da Política” e do “Ativismo Judicial”. Explica brevemente ambos os fenômenos sob a ótica histórica e normativa. Traz exemplos de julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil onde foram observados tais fenômenos. Reflete, ainda, sobre a consequência dos mesmos na atuação do Poder Judiciário, que deverá utilizá-los tendo em conta a perspectiva de efetivação, mas sem deixar de observar os diversos princípios do ordenamento jurídico, de forma a concretizar uma sociedade mais justa e solidária.

Abstract

This paper aims to demonstrate the distinction, causes and perspectives of “Judicialization of Politics” and “Judicial Activism”. It briefly explains both phenomena from the historical and normative point of view. It brings examples of judgments of the Federal Supreme Court of Brazil where such phenomena were observed. It also reflects on the consequences of the same in the work of the Judiciary, which should use them taking into account the perspective of effectiveness, but also observing the various principles of the legal system, in order to achieve a more just and solidary society.

Palavras-Chave: Judicialização. Ativismo judicial. Exemplos. STF. Democracia. Princípios. Subprincípios. Omissões legislativas. Lacunas. Atuação do Judiciário.

Keywords: *Judicialization. Judicial activism. Examples. STF. Democracy. Principles. Subprinciples. Legislative omissions. Gaps. The Judiciary.*

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

1. Introdução

Com o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ser visto como um receptor de insatisfações para com o Executivo e o Legislativo, sendo chamado a dar respostas que o colocaram na posição de guardião da constituição e dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o Poder Legislativo tem sido incapaz de dar respostas céleres à verdadeira miríade de necessidades da sociedade pós-moderna, necessidades estas expressamente explicitadas em nossa Carta Magna, muitas das quais como direitos econômicos sociais, os quais têm a conformação de prestações positivas de direitos fundamentais, conectadas com o mínimo existencial e aptos a serem exigidos na via de direitos qualificados como subjetivos, coletivos e difusos.

Tal circunstância, somada à democratização ocorrida com o novo ambiente de constitucionalização de nosso ordenamento sob a normatividade das normas constitucionais e a jurisdição constitucional, trouxe um novo papel para o Poder Judiciário, que se viu diante de novos desafios no que tange à omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na fruição e conformação de tais direitos.

Apenas para dar um primeiro perlustre em nosso ordenamento, destaca-se a letra do *caput* do art. 6º da Carta Magna, *verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015.*)

Parece, à primeira vista, que nada fica de fora e é fácil concluir, da mera interpretação literal/gramatical do texto constitucional, que os direitos ali previstos podem, com facilidade, ser veiculados judicialmente por meio de demandas judiciais, postulando direitos difusos, coletivos e individuais; em síntese: a possibilidade de judicialização destes direitos é quase ilimitada.

Todos os direitos sociais ali previstos podem ser judicializados, isto é, podem ser objeto de demanda em face do Poder Executivo, no sentido de que sejam prestados efetivamente, por meio de políticas públicas, sem prejuízo do ajuizamento de ações individuais veiculando direitos subjetivos individualizados.

A situação se apresenta ainda mais evidente com o advento da nova redação do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, segundo o qual, *verbis*:

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

serão equivalentes às emendas constitucionais. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*) (*Atos aprovados na forma deste parágrafo*).

Com a alteração da redação constitucional, os tratados que cuidam de direitos fundamentais econômicos sociais passaram a ter um *status* de superlei, posto que se colocam em hierarquia superior à legislação infraconstitucional, gerando a necessidade de um novo tipo de controle, qual seja, o controle de convencionalidade do texto legal em confronto com o tratado ou convenção internacional.

Neste ponto, urge frisar a emergência das decisões que, sob o argumento de completar o ordenamento jurídico, assumem um caráter aditivo e modificativo, com viés de legislador positivo, trazendo para o Supremo Tribunal Federal a crítica da falta de legitimidade para a substituição dos poderes eleitos pelo povo.

O fato é que, muitas das decisões, as quais deveriam ser tomadas pelo Poder Legislativo, mas que são impopulares, acabam por desaguar no Judiciário, bem como, uma vez tomada uma decisão pela maioria do congresso, fica aberta a via jurisdicional da minoria descontente para arrostar a legislação no Judiciário.

Tais fenômenos têm se tornado cada vez mais frequentes, com muitas críticas, daí ter sido denominado com a expressão quase pejorativa de “ativismo judicial”, o que, como se verá, nada mais é do que o escorregio cumprimento da ordem constitucional, sob o manto de nova perspectiva dos princípios adrede mencionados e que não só revelam o compromisso com os direitos fundamentais, mas também com a governabilidade, posto que, mesmo nas hipóteses em que é determinada a adoção de políticas públicas por parte dos governos, tem-se determinado, o quanto possível for, a observância da reserva do possível, isto é, a implantação paulatina dos programas, sem que um direito social cause a ruína das finanças públicas e, conseqüentemente, a frustração de outros direitos sociais igualmente relevantes.

O ambiente normativo é de tal ordem propício, tanto para a judicialização da política, quanto para o ativismo judicial, que basta um elemento exercício de interpretação gramatical para se perceber o quanto ainda se há que burilar os limites e possibilidades dos referidos fenômenos, a saber os arts. 5º, parágrafo 3º e 6º, *caput*, da Constituição Federal, o teor do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador”, concluída em El Salvador em 1988 (arts. 1º e 2º), veiculado pelo anexo do Decreto nº 3.321/1999, o art.12-H e parágrafo primeiro da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, os arts. 297, 301, 311 e 536 do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial

O leque de decisões judiciais aptas a influenciar as decisões políticas é muito dilargado, o que vem trazendo o desafio para o Poder Judiciário da autocontenção,

uma vez que o arcabouço legislativo se vê hoje com amplo instrumental de textos com técnica legislativa aberta, permitindo, no julgamento dos casos concretos, a construção de normas nem sempre previstas nos textos, embora neles fundamentados.

Dessa forma, necessária a explicitação do panorama que vem se consolidando a respeito dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, impondo-se a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil, com vistas à exemplificação e ao estado em que se encontram os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial¹ na Suprema Corte.

A judicialização da política é fenômeno que reflete a democratização do acesso à justiça e o anseio de progressão dos direitos sociais já alcançados por parcela da população, refletindo a ausência da ação do Estado na fruição dos direitos sociais em espécie ou na ausência de políticas públicas.

O ativismo judicial, da mesma forma, reflete os anseios da sociedade, porém na vertente da atuação mais firme e – por vezes – criadora do judiciário em face da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas, chegando à determinação de implementação de políticas públicas aos Poderes omissos, seja na via administrativa, seja na via legal, traduzindo um forte protagonismo do Judiciário nem sempre compreendido pelos demais poderes.

Evidente que os exemplos não esgotam a casuística; apenas se pretende dar, em limitado espaço, uma breve visão do tema.

Um caso emblemático diz respeito ao direito social, à saúde, especialmente às crianças, onde o STF estabeleceu alguns postulados no controle jurisdicional das políticas públicas e cuja ementa, por seu conteúdo, merece integral transcrição para melhor compreensão do tema:

¹ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral – como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. Prosssegue lecionando que: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. São gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o judiciário decidiu porque era o que lhe competia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado* nº 13, p.71-91, jan./mar. 2009.

ARE 745745 AgR / MG - MINAS GERAIS /jurisprudencial/ ARE AgR745745 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 02/12/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – *DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL* – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE *OMISSÃO INCONSTITUCIONAL* IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA *RESERVA DO POSSÍVEL*: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O *MÍNIMO EXISTENCIAL* (RTJ 200/191-197) – O *PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO* – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE *DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO* – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL *FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO* – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (*PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL*,

PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifo nosso.)

Da leitura da ementa, podem-se extrair algumas conclusões à que chegou a Suprema Corte brasileira: a Constituição possui normatividade cuja inobservância faz emergir uma omissão inconstitucional, em face de sua força vinculante²; que o princípio da reserva do possível³ é inaplicável, quando se tratar de direito ligado ao mínimo existencial⁴; o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas⁵ instituídas na Constituição e não instituídas pelo poder público não viola o princípio da separação dos poderes; é legítimo o comportamento do Poder Judiciário na colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo do julgador e do qual resulta uma positiva criação jurisprudencial; que a fiscalização judicial

² A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.14-15.

³ Princípio segundo o qual “o Estado se limita à reserva do possível, isto é, mesmo que o ordenamento prescreva uma prestação positiva, deverá haver previsão orçamentária suficiente para cobri-la.” ARAUJO, Eugênio Rosa de. *Direito Econômico & Financeiro*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p.306.

⁴ Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.35-36.

⁵ “A compreensão da dinâmica governamental, seus arranjos institucionais e seus processos, não visa, como observado, ‘definir um campo’, mas estruturar uma abordagem ou perspectiva que permita a sistematização e agregação de conhecimentos sobre as políticas públicas, combinando elementos do direito, política, economia e gestão pública, especialmente. Essa abordagem estruturada deve possibilitar que pesquisadores de várias formações participem, de forma colaborativa, de pesquisas comuns, compondo um acervo de práticas epistemológicas sobre padrões governamentais, jurídicos e conexos com as disciplinas afins, incorporando e elaborando experiências e habilitando à construção de um instrumental de análise e ação passível de ser utilizado e replicado em outros programas de ação governamental, para a potencialização das forças sociais subjacentes à ordem democrática”. BUCCL, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 2013, p.292.

dos parâmetros da Constituição se estabelece para afastar abusos que redundem em proibição de excesso⁶, proibição de retrocesso social⁷, proteção ao mínimo existencial e ao combate à proteção insuficiente ou deficiente⁸.

3. O Controle de Convencionalidade e a Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos

Outro exemplo que marca o ordenamento jurídico brasileiro é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do *status* de sobrelei aos tratados que tratam de direitos humanos, trazendo o novo fenômeno de controle de convencionalidade.

No Re. nº 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado pelo Pleno da Corte, por unanimidade de votos, em 3/12/2008, decidiu que, em nosso ordenamento jurídico, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se posicionam hierarquicamente e normativamente abaixo da Constituição e acima da legislação interna, fazendo uma interpretação sistemática entre o art.5º, inc. LXVIII e §51º, 2º e 3º da Constituição Federal à luz do art. 7º, §7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Nesse passo, vale realizar uma revisão dos argumentos expostos pelos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, ainda que de forma abreviada, para que se confirmem as razões que nortearam o julgamento unânime.

Celso de Mello destaca a normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, conferindo-lhes caráter de supralegalidade ou hierarquia constitucional. Os tratados sobre Direitos Humanos refletem um grau de preeminência hierárquica em face da legislação comum de caráter infraconstitucional. A controvérsia jurídica se coloca no conflito ou diálogo de fontes entre legislação interna e tratados, sempre que se registre situação de antinomia entre o Direito interno e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

⁶ Conforme destaca CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina s/d, p.263 ao tratar da proporcionalidade em sentido estrito, assevera: “Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

⁷ Como afirmamos em outra obra “O princípio da proibição de retrocesso social implica que o núcleo essencial do direito já realizado e efetivado considera-se garantido, salvo se a lei criar algum sistema alternativo ou compensatório (ex.: lei que aumente, desproporcionalmente, o tempo para a aposentadoria)”. ARAUJO, Eugênio Rosa de. *Resumo de Direitos Humanos Fundamentais*. Niterói: Impetus, 2009, p.18.

⁸ Segundo Canotilho. *op. cit.* p. 265: Existe um direito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais”. HC 104410/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 06/03/2012, Segunda Turma /jurisprudencial/ HC 104410/RS. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Reforça a distinção das Convenções Internacionais de Direitos Humanos revestidas de supralegalidade ou impregnadas de natureza constitucional e os Tratados internacionais sobre as demais matérias, compreendidos estes com paridade com as leis ordinárias. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são impregnados de estatura superior às leis internas, não obstante subordinados à autoridade da Constituição Federal.

Ressalta que deixou de ter efeitos a prisão por dívida, frisando que esta não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante dos efeitos paralisantes desses tratados em relação à legislação infraconstitucional, passando a compor o bloco de constitucionalidade (mesmo antes da EC nº 45/2004), que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição Federal escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

Conclui o julgador que o §3º do art. 5º da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC nº 45/2004, se constitui numa cláusula de equivalência com Emendas constitucionais, desde que observado o rito de reforma previsto no texto constitucional, disso retirando algumas conclusões.

Em caso de conflito entre lei e Tratado de Direitos Humanos aprovado nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, prevalecerá o Tratado em razão de sua equivalência com Emendas Constitucionais, independentemente do critério cronológico.

Os Tratados incorporados como Emenda Constitucional podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o chamado bloco de constitucionalidade e não podem ser objeto de denúncia por parte do Presidente da República em face do disposto no §4º, do art. 60 da Constituição Federal.

Às Convenções de Direitos Humanos anteriores a EC nº 45/2004 incide o §2º do art. 5º da Constituição Federal que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsuma a noção de bloco de constitucionalidade. Os Tratados que não se refiram a Direitos Humanos gozarão de paridade com as leis internas.

Quanto ao voto do Ministro Gilmar Mendes no referido julgado, este diz que parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos Tratados e Convenções de Direitos Humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os Tratados de Direitos Humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Segue dizendo que os Tratados de Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição Federal, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos Direitos da pessoa humana.

Prossegue afirmando que, diante do caráter especial dos Tratados Internacionais que cuidam da proteção dos Direitos Humanos, é preciso entender que a sua internalização no ordenamento jurídico por meio do procedimento de ratificação tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, não ficando o legislador constitucional

impedido de submeter o Tratado ao procedimento especial de aprovação previsto no §3º, do art. 5º da Constituição Federal, conferindo-lhe *status* de Emenda Constitucional.

Tal entendimento revela o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, tornando inaplicável a legislação com ele conflitante, seja ele anterior ou posterior ao ato de adesão.

Daí se pode falar em controle de convencionalidade, isto é, da eficácia da legislação infraconstitucional perante o tratado. Deverá o intérprete realizar uma filtragem da legislação em face do comando supralegal da Convenção ou um controle de constitucionalidade se se tratar de tratado já incorporado em nosso ordenamento, se já houver sido submetido ao procedimento previsto no parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição Federal, pois, neste caso, o tratado terá *status* de texto constitucional (Decreto 6949/2009 e Decreto Legislativo do Senado 186/2008)⁹.

No caso, o tratado de direitos humanos não tornado Emenda Constitucional tem caráter de texto supralegal, ao passo que o texto do Tratado que vier a ser submetido ao processo legislativo de Emenda Constitucional terá *status* de texto constitucional. No primeiro caso, o texto confrontado cumprirá parâmetro de eficácia, ao passo que no segundo, prioritariamente de validade constitucional.

Deste julgado resultou a súmula vinculante nº 25, com a seguinte redação, *verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Ficou estabelecido, em sede de súmula vinculante, portanto, a supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, os quais não tenham sido objeto do procedimento para aprovação de Emendas Constitucionais, destacando Alex Sander Xavier Pires¹⁰ “que o objetivo da súmula vinculante é a de consignar a validade, a interpretação e a eficácia de normas específicas”, não se podendo afirmar, portanto, constituir em texto legal a compor o elenco do art. 59 da Constituição da República.¹¹

4. Ativismo Judicial e as Sentenças Aditivas

No campo do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da técnica de sentença denominada sentença aditiva ou modificativa-manipulativa,

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p.399-400. “Quanto os tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior”.

¹⁰ PIREs, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular. Construindo uma teoria*. Rio de Janeiro: 2009.

¹¹ “Neste ponto, constatou-se que a Súmula Vinculante se adequa às premissas básicas do princípio da participação, haja vista que, desde a integração ao texto constitucional (*vide* EC nº 45/2004), passou à condição de norma de sobreposição e, a um só tempo, assumiu a condição de instituto (validada na Constituição de 1988 para ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ambos instituições sociais) e de instrumento capaz de garantir que a função judiciária fosse revista, em vias do órgão de cúpula ter condições de atingir a sua função de guardião da Constituição, via criação de normas hábeis a dar fruição a direitos e deveres constitucionais pela obrigatoriedade de aplicação de teses jurídicas sobre unívoca e estável interpretação que contribui para o acesso aos bens sociais escolhidos na posição original.” PIREs, Alex Sander Xavier. *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: 2016, p.393.

decorrente de complementação de lacunas técnicas que, por inércia, se tornaram em inconstitucionalidade por omissão, permitindo a construção de decisão para o caso com base em interpretação construtiva diretamente do texto constitucional, completando o texto infraconstitucional faltante ou mesmo alterando o texto legal para que seja adotada a solução constitucionalmente obrigatória, como se vê no caso decidido na ADI 4650 da relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 17/09/2015, Tribunal Pleno, onde se explicita a técnica da sentença aditiva.

No referido julgado, ficou assentado que a sentença de perfil aditivo é técnica de decisão utilizada por cortes constitucionais, em atuação normativa subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para disciplinar determinada matéria após o decurso de prazo razoável. Destacou-se a necessidade de uma postura particularista e expansiva da Suprema Corte na salvaguarda dos princípios democráticos, sendo certo que a postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas de modo a corrigir as patologias que desvirtuam o ordenamento constitucional, mormente quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, bem assim, protegendo os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

Ponderou o Supremo Tribunal Federal que o atual marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as cortes. Sublinha que o desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

Arrematou que a prolatação de uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais, em ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear diretrizes que devem ser por ele delineadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. Ademais, frisou a Corte Suprema, a atuação do Judiciário seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável, incapaz de afastar a prerrogativa do Parlamento, quando e se quisesse instituir uma nova disciplina, em razão de eventual preferência de lei.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal trouxe como tema a instigante técnica das sentenças aditivas ou modificativas-manipulativas, de uso subsidiário e excepcional por parte da Corte Suprema na colmatação de omissões legislativas, somente se legitimando em casos de *inertia deliberandi* do Congresso nacional para disciplinar determinada matéria após prazo irrazoável de lacuna técnica¹².

Destaca o Supremo Tribunal Federal que a sentença aditiva se legitima apenas nos casos de inércia irrazoável – progressão da lacuna técnica para inconstitucionalidade por omissão – a qual não afasta a prerrogativa do Parlamento de instituir, posteriormente, nova disciplina legal que substituirá a decisão aditiva ou modificativa, sendo estas submetidas à condição resolutiva da edição de regramento pelo Poder Legislativo.

Nesse caso, o Judiciário remove o obstáculo criado pela omissão legislativa para editar e disciplinar a norma disciplinadora faltante, remoção promovida pela formulação supletiva da decisão aditiva.

Veja-se que não há malferimento à separação de poderes nos casos em que cabível a sentença aditiva, pois um direito previsto constitucionalmente (ex.: greve) não pode ficar submetido ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Não cabe ao legislador inobservar o que se verifica já de uma vontade hipotética do legislador ou de solução constitucionalmente obrigatória (ex.: editar um código de defesa do consumidor). Ocorre, no caso, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não um direito constitucionalmente previsto, podendo dispor, tão somente, sobre a adequada configuração de sua disciplina.

Como já foi dito, o ingresso dos Tratados sobre Direitos Humanos pode tomar forma de Emendas Constitucionais ou agregar eficácia de supralegalidade, incorporando-se ao bloco de constitucionalidade. Não cria nova espécie normativa no art.59 da Constituição Federal, o que preserva o conceito de legalidade, o qual consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo constitucional. Mesmo nos casos de reserva legal absoluta, quando a Constituição exige a disciplina integral de seu texto por meio de lei em sentido formal, o Tratado ou suprirá a falta da legislação, inclusive com a possibilidade de emissão de sentença aditiva pelo Poder Judiciário, ou poderá pôr cobro a restrição à Direito Fundamental por meio de controle de convencionalidade ou de constitucionalidade, conforme o Tratado tenha ou não sido submetido ao rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI. Coimbra: 2001, p. 79-83. "Nas decisões aditivas (também nas ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e acrescentando modifica) esse elemento que falta. Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (vg., uma pensão) ou ao adstringir a um dever o ônus (vg., uma incompatibilidade) contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram."

5. Conclusão

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, ainda por muito tempo, despertarão ódios e paixões. É certo que a Constituição de 1988, que chegou no fluxo de redemocratização do Brasil, trouxe consigo amplo acesso ao judiciário e não se pode desconsiderar alguns excessos em razão de demandas exóticas ou decisões desarrazoadas, mas tudo fruto da redemocratização e da nova perspectiva que a normatividade da carta constitucional permitiu em termos de concretização de direitos para a cidadania.

Com uma Carta plena de direitos, muitas vezes vazados em termos genéricos e plurissignificativos, não é de se admirar que o Poder Judiciário venha sendo chamado a completar comandos constitucionais que suportem prestações positivas, seja na via legislativa, colmatando a normatividade ausente, de forma supletiva e sob condição de eficácia até o advento de legislação disciplinadora posterior, seja determinando obrigações de fazer, no sentido da implementação material de políticas públicas, como se tornaram comuns em sede de saúde e educação, duas chagas abertas em nossa sociedade.

Acresce que tais direitos sociais foram reforçados por adesão da República Federativa do Brasil a Pactos de direitos sociais, com natureza de supralegalidade, indicando aos três poderes, na aplicação dos tratados em face da legislação infraconstitucional, um verdadeiro controle de convencionalidade, haja vista que as convenções de direitos humanos se sobrepõem à legislação ordinária, salvo se observar o processo legislativo das emendas constitucionais, o que conferirá o *status* de texto constitucional, a teor do parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

Constatou-se que o controle de constitucionalidade por omissão, muitas vezes decorrência de processo de inconstitucionalização de lacunas técnicas, exige do Poder Judiciário a solução prevista na Constituição, não podendo se demitir do *status* de guardião da Constituição, muito menos de mero expectador dos deveres descumpridos pelos Poderes Executivo e Legislativo, ainda que tal situação possa, por vezes, implicar revisão do princípio da separação dos poderes, uma vez que harmonia não se equipara a omissão judicial.

No controle jurisdicional de omissões e de atos dos demais poderes, o Judiciário tem implementado o princípio da proporcionalidade, vergastando eventuais proibições de excesso, proibições de retrocesso e, na vertente das prestações positivas, a vedação de proteção deficiente ou insuficiente.

Na aplicação do princípio, deve ainda o Poder Judiciário ocupar-se da aferição do cumprimento dos subprincípios da adequação (atingimento do fim colimado), necessidade (aferição de inexistência de outro meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício entre a constrição e o benefício obtido).

O complexo manejo do ordenamento jurídico com o objetivo de garantir a fruição de um mínimo existencial (saúde, educação, segurança etc.), no atual panorama

de ausência de recursos públicos, traz a necessidade de observância do princípio da reserva do possível, em face das prestações positivas justamente reclamadas, pois, no afã de garantir um direito, pode o Judiciário frustrar outros tantos direitos, daí as críticas que muitas vezes são direcionadas ao seu ativismo em sede de direitos sociais.

Viu-se que crescem as oportunidades de edição de sentenças aditivas e modificativas e não seria demasiado prever que tais técnicas de sentença vão ao encontro das novas técnicas processuais de garantia de direitos, como se pode constatar pelas tutelas provisórias do atual ordenamento processual civil brasileiro.

O fluxo dos direitos previstos nas normas constitucionais tem agora uma nova perspectiva de efetivação e caberá ao Poder Judiciário importante papel de proa rumo a uma sociedade mais justa e solidária.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.37.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito Econômico & Financeiro*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

_____. *Recensão Metodologia da Ciência do Direito* Karl Larenz. Rio de Janeiro: Cadernos Temáticos. Parte da Revista da Emarf, 2006.

_____. *Resumo de Direitos Humanos Fundamentais*. Doutrina e Jurisprudência Seleccionada.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político no espaço democrático. RDE. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, nº 3:17-54, jul./set. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado nº 13, p.71-91, jan./mar. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p.573-590.

_____. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça*. Tópicos para uma intervenção sobre o judiciário, Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 26/4/2007.

CITTADINO, Giselle. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano II, nº 2 e ano III nº 3 - 2001-2002, p.135-136.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7ª ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p.257.

GARRIDO, Alexandre *et alii*. In: Edição Especial de Dezembro de 2008, da *Revista da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, vol. 1, nº 3. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p.38.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.92-93.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.236-238.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.303-304.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.509.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p.399-400.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.79-83.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. *Direito como integridade e ativismo judicial*: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/642>. Acessado em: 7/6/2016.

PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: 2016, p.393.

_____. *Direito Sumular*. Construindo uma teoria. Rio de Janeiro: 2009, p.198.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Virgilio Afonso. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. *RDE. Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:133-169, jan./mar. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Normas de Interpretação e Integração no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. São Paulo: 4, jul.-dez. 2008, p.441-464.

Jurisprudência

Brasil ADI 4650 / DF - DISTRITO FEDERAL /jurisprudencial/ ADI4650/DF - DI AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 17/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Brasil ARE 745745 AgR / MG - MINAS GERAIS /jurisprudencial/ ARE AgR745745 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 02/12/2014, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Brasil RE 466343/SP – SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator: Min. CEZAR PELUSO julgamento: 3/12/2008 Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Da Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos e a Inexistência de Foro por Prerrogativa de Função

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

1. Introito: Contextualização do Tema. 2. Da (In)Existência de Foro por Prerrogativa de Função na Seara da Improbidade Administrativa – Competência do Juízo de Primeiro Grau para Processo e Julgamento. 3. Da Inexistência de *bis in idem* na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Político. 4. Da Natureza Jurídica das Sanções Decorrentes da Prática do Ato de Improbidade Administrativa. 5. Da Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa. 6. Da Submissão dos Agentes Políticos aos Ditames da Lei de Improbidade Administrativa. 7. Conclusão.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo enfrentar a polêmica em torno da aplicabilidade do foro por prerrogativa de função em favor dos agentes públicos na seara da Improbidade Administrativa.

No decorrer do texto serão apresentadas as diversas posições doutrinárias existentes sobre o tema, bem como os entendimentos dos tribunais superiores, com a indicação da solução jurídica mais adequada ao combate à corrupção.

O artigo abordará, ainda, a natureza jurídica das sanções do ato de improbidade administrativa, bem como a submissão dos agentes políticos à Lei nº 8429/1992, como forma de reforçar a fundamentação da inaplicabilidade do foro por prerrogativa de função.

Abstract

This article aims to address the controversy surrounding the applicability of the forum by prerogative of function in favor of public agents in the area of Administrative Improbability.

In the course of the article the various doctrinal positions on the subject will be presented, as well as the understandings of the superior courts, indicating the most appropriate legal solution to combat corruption.

* Mestrando em Direito na Universidade *Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Especialista em Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do MPRJ. Membro do *International Association of Prosecutors*. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Professor da Pós Graduação da FGV, UCAM, FEMPERJ e EMERJ. Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG.

The article will also address the legal nature of the sanctions of the administrative improbity act, as well as the submission of the political agents to the Law 8429/1992, as a way of reinforcing the grounds for the inapplicability of the forum by virtue of its function.

1. Introito: Contextualização do Tema

O tema que será tratado no presente art. sofreu, ao longo dos anos, intenso debate na jurisprudência dos tribunais superiores, com algumas reviravoltas que foram, ao menos é o que se espera, finalmente sedimentadas em teses jurídicas que podem ser utilizadas em casos concretos futuros.

Para que possa ser absorvido o tema ora proposto, imprescindível abordar os seguintes tópicos: a) (in)existência de foro por prerrogativa de função na seara da improbidade administrativa; b) natureza jurídica da ação de improbidade administrativa; c) natureza jurídica das sanções decorrentes da lei de improbidade administrativa; e d) aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos.

2. Da (In)Existência de Foro por Prerrogativa de Função na Seara da Improbidade Administrativa – Competência do Juízo de Primeiro Grau para Processo e Julgamento

Inicialmente, releva mencionar a questão da competência para processar e julgar Ações Cíveis Públicas que versem sobre atos de improbidade administrativa praticados por agentes políticos em decorrência do exercício das suas funções públicas, haja vista a submissão de alguns destes ao regime jurídico do crime de responsabilidade enquanto infração político-administrativa.

Com efeito, a questão nodal acerca da existência ou não de foro por prerrogativa de função decorreu da edição da Lei nº 10.628/02, que conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal¹, nele introduzindo dois parágrafos, passando a criar o malfadado foro por privilegiado.

Assim, a nova redação estendeu a denominada “competência por prerrogativa de função”, antes existente tão somente para o processamento e julgamento de *infrações penais*, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa cuja natureza é, à evidência, nitidamente cível, e também ressuscitou o antigo verbete nº 394 da súmula da jurisprudência dominante no Colendo Supremo Tribunal Federal.²

¹ “Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por *crimes comuns e de responsabilidade*. §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. §2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.”

² “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Insta consignar que o referido verbete fora editado em 03.04.1964, tendo sido cancelado por decisão proferida pelo Tribunal Pleno no Inquérito 687-QO, publicada no DJ de 09.11.2001, destacando-se que aquele enunciado somente se aplicava às questões criminais.

Analisando-se a citada norma infraconstitucional, verifica-se a sua patente violação à Constituição da República Federativa do Brasil, na extensão do denominado “foro por prerrogativa de função” quando a lide versa sobre a prática de ato de improbidade administrativa, querendo fazer criar em nosso ordenamento jurídico um verdadeiro “foro privilegiado”, privilegiando o agente e não assegurando o exercício de sua função, razão precípua da existência do critério de competência.

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela exsurge a partir da constatação do desrespeito ao comando esculpido na regra do art. 125, §1º da CRFB, o qual determina expressamente seja a *competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e, não, por lei ordinária*, como ocorre no diploma legislativo ora em testilha.

Aliás, frise-se que o sistema adotado pela Carta Política de 1988 é no sentido de que a competência originária de quaisquer tribunais, sejam os superiores, sejam os demais, somente possa ser definida pelo próprio texto constitucional ou, quando muito, por norma de constituição estadual, e isso em havendo a expressa previsão para tal (uma espécie de “delegação” ao Poder Constituinte derivado estadual).

Assim, a definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita à reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infraconstitucional disciplinar tal matéria, como o fez ao promulgar a Lei nº 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado e corroendo a própria força normativa da Constituição da República, já que traz obstáculo ao combate à improbidade administrativa, objeto de expressa previsão constitucional (*cf.* art. 37, §4º) e à própria corrupção de modo geral.

Por oportuno, destaque-se o entendimento pacífico e reiteradamente adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal de que o rol de competência dos tribunais é de direito estrito e possui fundamento constitucional, conforme *supra* aludido³.

Por outro lado, cumpre sublinhar que a Constituição da República apenas previu o chamado “foro por prerrogativa de função” para o conhecimento e julgamento de crimes comuns e/ou de responsabilidade, categorias nas quais não se encaixam os atos de improbidade administrativa e cujas sanções possuem natureza cível, o que se pode aferir a partir de leitura do *caput* do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está

³ “COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI Nº 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido.” (grifos nossos) Petição 693 AgR/SP.

o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações [...]”), bem como do já mencionado art. 37, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil (“Os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”).

Logo, afronta a própria Carta Magna de 1988 qualquer extensão do referido “foro por prerrogativa de função” para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa, através de norma infraconstitucional, como bem salienta a mais autorizada doutrina e precedentes dos tribunais superiores.⁴

⁴ A lição do eminente *Emerson Garcia* aponta no mesmo sentido da assertiva contida no parágrafo anterior, a saber: “A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal. Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que (...) prefeitos (...) figurem no polo passivo.” (In: *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Obra em coautoria com Rogério Pacheco Alves, p. 341-342). No mesmo sentido, ensina, *mutatis mutandi*, o autorizado jurista *Fábio Konder Comparato*, *verbis*: “Se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal. Na Lei nº 8.429, de 1992, de resto, distinguem-se claramente as penas de perda de função pública, de perda dos bens ou valores ilícitamente acrescidos ao patrimônio do responsável e de ressarcimento do dano, cominadas no art. 12 das ‘sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica’. (...) Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal. As disposições tradicionais, como afirma a mais longeva tradição, não comportam interpretação ampliativa ou analógica. Essa regra hermenêutica é tanto mais rigorosa quando nos deparamos com exceções a princípios fundamentais, inscritos na Constituição. Os privilégios de foro, como se procurou mostrar no corpo deste trabalho, representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem nenhuma ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional” (Competência do Juízo de 1º Grau. In: *Improbidade Administrativa – 10 Anos da Lei nº 8.429/92*, obra coletiva, p.127). (grifos nossos). Ademais, impende colacionar acórdão ilustrativo do entendimento pacífico do *Egrégio Supremo Tribunal Federal* nesse mesmo sentido, qual seja: “PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL – MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRERROGATIVA DE FORO – UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL – NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL. – As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de

Feitas as considerações *retro*, convém salientar que a referida lei ordinária já teve sua constitucionalidade contestada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797) proposta pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) e pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), tendo o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal proferido decisão reconhecendo a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.⁵

prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes” (G. REG. EM PETIÇÃO – AGRPET-1738/ MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 01/09/1999 – Tribunal Pleno – grifamos).

⁵ “Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro. O Tribunal iniciou julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB contra os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 10.628/2002. Alega-se ofensa aos arts. 2º; 102, I; 105, I; 108, I e 125, §1º, da CF. Inicialmente, afastou-se, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade da CONAMP e a de ausência de pertinência temática das requerentes. Quanto àquela, tendo em conta recente precedente do Pleno no qual se decidira pela legitimação para ação direta de inconstitucionalidade das chamadas ‘associações de associações’ (ADI 3153 Agr/DF — v. Informativo 356) e, ainda, em virtude de o novo estatuto da CONAMP restringir a qualidade de associados efetivos às pessoas físicas integrantes da categoria. Quanto a esta, por se entender que as normas impugnadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário e, por conseguinte, entre os do Ministério Público, o que configuraria a necessária relação de pertinência entre aquelas e as finalidades institucionais das respectivas entidades nacionais de classe. Em relação ao mérito, o Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgou procedente o pedido de ambas as ações. Salientou que o §1º do art. 84 do CPP constitui reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394, ocorrido no julgamento do Inq 687 QO/SP (DJU de 9.11.2001), cujos fundamentos a lei nova estaria a contrariar, e no qual se entendera que a tese sumulada não se refletiria na CF/88 (Enunciado 394 da Súmula: ‘Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’). Asseverou ser improcedente a alegação de que o cancelamento da Súmula 394 se dera por inexistir, à época, previsão legal que a consagrasse, já que tanto a súmula quanto a decisão no Inq 687 QO/SP teriam derivado de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 84 do CPP por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. Declarou, também, a inconstitucionalidade do §2º do art. 84 do CPP. Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do §1º do citado art. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do §4º do art. 37 da CF (“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”) e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Salientou, ainda, que a Constituição Federal reservou às constituições estaduais, com exceção do disposto nos arts. 29, X e 96, III, a definição da competência dos seus tribunais (CF, art. 125, §1º), o que afastaria, por si só, a possibilidade da alteração dessa previsão por lei federal ordinária. Concluiu que o eventual acolhimento, no julgamento da Rcl. 2138/DF, da tese de que a competência constitucional para julgar crimes de responsabilidade se estenderia às ações de improbidade, não prejudicaria nem seria prejudicado pela declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 84, já que a competência dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que aquela para julgar os crimes comuns. Após, o Min. Eros Grau pediu vista dos autos. (CPP: ‘Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a

Aliás, pertinente aduzir que logo após a decisão proferida em sede de controle concentrado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, confirmou, em sede de Reclamação, o entendimento ora defendido.⁶

Destarte, em nosso entender, o Juízo Cível de 1º Grau é o Juízo Natural para conhecer e julgar as demandas de improbidade administrativa.

De outra banda, muito embora não se possa, no plano estritamente jurídico, adotar a premissa de que a *ampliação das hipóteses de prerrogativa de função acarretará, pura e simplesmente, a impunidade dos agentes improbos*, o fato é que, dado o volume de inquéritos civis e ações civis públicas hoje em regular processamento (relembre-se que estão espalhados em todo o território nacional mais de cinco mil municípios), restará impossível, do ponto de vista prático, a eficaz incidência do sancionamento preconizado pela Lei nº 8.429/1992, sobretudo se considerarmos a exiguidade do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, inciso I, da mencionada Lei. Tal aspecto, longe de representar uma preocupação alheia ao campo jurídico, participa fundamentalmente da noção de *devido processo legal substantivo*.

A atenta reflexão sobre as referidas inovações legislativas leva à conclusão de que, muito embora mascarada de roupagem processual, buscou a Lei nº 10.628/2002 afrontar a clássica distinção, agasalhada pelo art. 37, §4º da CRFB, entre infrações penais, civis e administrativas, conferindo o mesmo tratamento processual a hipóteses que o próprio texto constitucional desejou distinguir radicalmente.

Em resumo, a equiparação entre atos de improbidade administrativa e crimes, mesmo que pelo viés processual, representa um indisfarçável inconformismo com as claras diretrizes fixadas no art. 37, §4º da Lei Maior, ou seja, um desejo de subvertê-lo de forma ardilosa e vil.

Assim já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁷ em pronunciamento sobre a inconstitucionalidade do “foro por prerrogativa de função” relativa aos atos de improbidade administrativa considerando a alteração introduzida pela Lei nº 10.628/02.

ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. §2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.” ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 22.9.2004. (ADI-2797) (ADI-2860).

⁶ Reclamação nº 2.300-1 – Paraná – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Rcl 15831 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/06/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG. 19/06/2013 PUBLIC. 20/06/2013.

⁷ “COMPETÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GOVERNADOR. Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial entendeu, por maioria, que o STJ não tem competência para apreciar processos em que se discutem atos de improbidade administrativa supostamente praticados por Governador de Estado. A prerrogativa de foro dos governadores está relacionada à prática de ilícitos criminais comuns, sendo certo que a investigação de atos de improbidade administrativa refoge à competência expressa preconizada no art. 105, I, a, da CF/1988. Precedentes citados: Rcl 780-AP, DJ 7/10/2002; Pet 1.955-PR, e Rcl 591-SP, DJ 18/12/2000. AgRg na Pet 1.885-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 16/5/2003.”

Por derradeiro, e pondo uma pá de cal em toda a discussão decorrente da edição da Lei nº 10.628/2002, repita-se, o Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei federal em análise, no bojo das ADIs 2797 e 2860.

O Supremo Tribunal Federal, como bem assinala a doutrina⁸, mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns, não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas.⁹

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições, no âmbito dentro do qual haverá regular exercício da função jurisdicional, de extração essencialmente constitucional, e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que exorbitam os rígidos limites fixados pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.¹⁰

Nada obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal fixou tese jurídica segundo a qual somente ele poderá processar e julgar os seus próprios Ministros por ato de improbidade administrativa.¹¹

Enquanto não ocorre nenhuma alteração legislativa, que, repita-se, demande emenda constitucional, o foro por prerrogativa de função está limitado aos processos criminais e não se estende àqueles cujo objeto envolva a prática de ato de improbidade administrativa, ainda que a conduta ímproba dos requeridos guarde subsunção com algum tipo penal.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou tese jurídica no mesmo sentido do que é sustentado no presente art., mas diverge da nossa conclusão por entender que o juízo *a quo* somente poderá aplicar sanções de índole patrimonial ao agente público que ostentar foro por prerrogativa de função¹². Tal entendimento gerou eco em parte da doutrina, mas, atualmente, não é a tese predominante, tanto na doutrina quanto na própria jurisprudência.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Atlas, 1999. p. 180, item nº 7, 8; CAMARGO, Rodolfo Mancuso de. *Ação Popular*. p.129-130.RT, 1994; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 19ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. Malheiros, 1998. p.122; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. Saraiva, 1999. p.83-84; FIGUEIREDO, MARCELO. *Probidade Administrativa*. 3ª ed. Malheiros, 1998. p.91.

⁹ AI 556.727-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012. AI 506.323-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.7.2009. Rcl 15825, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 28/02/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11/03/2014 PUBLIC 12/03/2014. Rcl. 4.003, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.4.2006. Rcl 15131, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 28/11/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02/12/2014 PUBLIC 03/12/2014. Rcl 2.300/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Rcl. 2.431-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Rcl. 2.855/BA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Rcl 2.905/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO. Rcl. 2657, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/06/2005, publicado em DJ 21/06/2005 PP-00046.

¹⁰ Pet 5080 DF DJe-148 DIVULG 31/07/2013 PUBLIC 01/08/2013 Julgamento 28 de Junho de 2013 Relator Min. CELSO DE MELLO.

¹¹ Q.O. em Pet. 3.211-0/DF, j. 13.08.2008, Min. Rel. Marco Aurélio.

¹² Rcl 2.790-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 2/12/2009.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça¹³, em tese da qual discordamos, entendeu pela cisão funcional da competência quanto às sanções aplicáveis, pois entende que, apenas e tão somente, haverá restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

Ora, ao prevalecer tal entendimento, estar-se-á criando uma nefasta forma de imunização dos agentes políticos, bem como retirando a efetividade da tutela jurisdicional obtida através da sentença coletiva, pois não serão passíveis de aplicação as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.¹⁴

Em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça reviu esta equivocada tese jurídica para afirmar a inaplicabilidade do foro por prerrogativa de função na seara da improbidade administrativa pacificando, ao menos neste tribunal, tal entendimento.¹⁵

3. Da Inexistência de *bis in idem* na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Político

Em nosso ordenamento, há dois regimes sancionatórios, decorrentes da prática de atos contrários à probidade administrativa, aplicáveis aos agentes políticos: a) o

¹³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não implica o sobrestamento de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Superior Tribunal de Justiça admite “a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente” (REsp. 1.282.046, RJ, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp. 1316294/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 24/06/2015).

¹⁴ “Ao se admitir tal entendimento, estar-se-á criando uma inusitada hipótese de exclusão do agente público com prerrogativa de foro das sanções de natureza político-administrativas típicas da ação de improbidade administrativa, já que, se a ação necessariamente deve tramitar no primeiro grau, mas nesse grau de jurisdição não se pode condenar o réu à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, como lhe serão impostas tais sanções? Esse entendimento retira qualquer razão de ser da ação de improbidade administrativa, porque sem a possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei nº 9.429/1992 essa ação coletiva na realidade torna-se uma ação civil pública. Se o juízo de primeiro grau tem competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa, tem o poder/dever de aplicar ao caso concreto a Lei nº 8.429/1992. Inclusive, e em especial, as sanções previstas pelo art. 12 de referido diploma legal”. NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2017. “A análise das sanções deve ser em razão da gravidade dos fatos, decorre da dosimetria. Não faz nenhum sentido limitar a decisão do juiz na ação de improbidade às sanções que ele já poderia obter em ações civis públicas. O entendimento do STJ precisa ser revisto no ponto, pois esvazia a tutela da probidade administrativa mediante a ação de improbidade quando os agentes tenham foro por prerrogativa de função. Levada ao extremo, quanto a estes agentes, restaria apenas a tutela penal e as infrações político-administrativas.” DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

¹⁵ DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados não possuem foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. Isso porque, ainda que o agente político tenha prerrogativa de foro previsto na CF quanto às ações penais ou decorrentes da prática de crime de responsabilidade, essa prerrogativa não se estende às ações de improbidade administrativa. AgRg na Rcl 12.514-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/9/2013.

regime jurídico do crime de responsabilidade, regulamentado na Lei nº 1079/50 e no Decreto-Lei nº 201/1967, mas tal regime não é aplicável a todos os agentes políticos; b) o regime jurídico do ato de improbidade administrativa, regulamentado na Lei nº 8429/92.

O grande cerne do debate do tema versa sobre qual é o regime jurídico aplicável aos agentes políticos que praticam ato de improbidade administrativa e que se submetem ao regime jurídico do crime de responsabilidade. Considerando que, conforme preconizam os arts. 4º, V, e 9º da Lei nº 1079/1950 e 85, V, CR/1988, o ato de improbidade administrativa já é qualificado juridicamente como crime de responsabilidade, surge a necessidade de enfrentar a possibilidade, ou não, da aplicação cumulativa de ambos os regimes jurídicos.

Nem todas as sanções previstas para os atos de improbidade têm a mesma natureza das sanções aplicáveis aos crimes de responsabilidade, as quais são destinadas a fins políticos. Isso leva à conclusão de que ambos regimes jurídicos, ato de improbidade e crime de responsabilidade, são plenamente compatíveis e aplicáveis simultaneamente.¹⁶

Desse modo, é curial sustentar a coexistência da responsabilização política (crimes de responsabilidade) com a improbidade administrativa no que tange aos agentes políticos.¹⁷

Por fim, vale mencionar que o art. 52, parágrafo único da CR/88, de maneira expressa, preconiza a possibilidade de aplicação de outras sanções judiciais, ainda que haja condenação por crime de responsabilidade. Ora, independentemente do resultado do julgamento político realizado pela casa legislativa, será ainda possível o exercício de pretensão judicial para aplicação de outras sanções previstas no próprio ordenamento jurídico, como, aliás, preconiza a parte final do art. 37, §4º da CR/1988. No mesmo sentido, o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, que traz o rol das sanções cabíveis,

¹⁶ Tal assertiva conta com o beneplácito de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*: “As Leis nº 1079/50 e 8429/92 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão de direitos políticos), já que elas emanam naturalmente da ação penal de apuração de crime de responsabilidade. Em compensação, subsistiriam outras sanções sem tal natureza (como, *v.g.*, multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais etc.)”

¹⁷ No mesmo sentido, lapidar a lição doutrinária de Emerson Garcia: “O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar. Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1079/50, ao tratar do item a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que ‘ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins.’ (...) Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em ‘atos de improbidade’ e em ‘crimes de responsabilidade’, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*. Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1079/1950 é a lei especial a que se refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8429/1992 é a lei a que se refere o §4º do art. 37.” (O combate à corrupção no Brasil: Responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 27, jan./mar. 2008).

em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, preconiza que, além daquelas definidas no art., poderão ser aplicadas sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. Pela simples leitura destas normas, factível sustentar que não há qualquer óbice para a aplicação cumulativa dos regimes sancionatórios.¹⁸

4. Da Natureza Jurídica das Sanções Decorrentes da Prática do Ato de Improbidade Administrativa

Como forma de complementar o raciocínio que fundamenta a tese ora ventilada, impende abordar a natureza jurídica das sanções previstas no regime jurídico do ato de improbidade administrativa.

As sanções previstas nos arts. 12 da Lei nº 8429/1992 e 37, §4º da Constituição da República não revelam natureza penal, mas estritamente civil.

Nem cabe dar uma feição penal às infrações decorrentes da prática de ato de improbidade, pois a tipicidade aqui é aberta (tipos previstos em róis taxativos) e os elementos subjetivos (culpa e dolo) são valorados e narrados de forma diversa. Estruturalmente, portanto, são tipos com premissas e aplicabilidade completamente diversos.¹⁹

As sanções não possuem índole criminal, tanto que é expresso o dispositivo do art. 12 da Lei nº 8429/1992 no tocante a ressaltar “independentemente das sanções penais”, enquanto o art. 37, §4º da Constituição da República deixa em destaque “sem prejuízo da ação penal cabível”. Impende destacar, também, a redação do art. 52, parágrafo único da Constituição da República no mesmo sentido. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste mesmo sentido fixando tese jurídica segundo a qual os agentes políticos municipais, por exemplo, se submetem aos ditames da Lei nº 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/1967, que podem ser aplicáveis aos demais agentes políticos, na forma dos arts. 927, III, 985, I e 1040 do CPC/15.²⁰

Pela regra, um funcionário público está sujeito a sofrer sanções penais capituladas no Código Penal; civis, consistentes em indenizações porventura cabíveis; administrativas, contempladas no estatuto jurídico próprio da função; e as acarretadas

¹⁸ Vale mencionar que o art. 3º da Lei nº 1079/50 ratifica o teor do que aqui se sustenta, pois o julgamento por crime de responsabilidade não impedirá o processo e julgamento do acusado por crime comum.

¹⁹ “A ação penal ou processo-crime, como ninguém ignora, tem por objeto o conhecimento da prática de um crime e a aplicação da pena correspondente, tudo nos estreitos termos da lei anteriormente promulgada. Ora, a mesma Lei nº 8429, a par das disposições que têm por objeto a definição dos atos de improbidade administrativa e a fixação das penas correspondentes, contém uma só definição de crime: é a constante do art. 19. Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal”. COMPARATO, Fábio Konder.

²⁰ AgInt no AREsp 747.465/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017. EDcl no AgRg no REsp 1.216.168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/10/2013; AgInt no AREsp 926.632/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/11/2016; AgRg no AREsp 719.390/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/9/2016; AgRg no AREsp 426.418/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; e AgRg no REsp 1181291/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/11/2013.

pela incidência nas improbidades administrativas da Lei nº 8429/92, de modo geral mais graves que as anteriores. Especificamente quanto a estas últimas, predomina a natureza civil e eventualmente política, porquanto decorrem do seu reconhecimento o ressarcimento dos danos causados ao erário, a suspensão dos direitos políticos e a indisponibilidade dos bens²¹. Apesar de não afastar a possibilidade de um ato de improbidade administrativa configurar, também, fato penalmente típico, importante indicar que, na ordem civil, são aplicáveis outras sanções.²²

5. Da Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa

Como argumento de reforço, para ratificar a natureza cível da demanda de improbidade administrativa, sobreleva notar que o patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma Administração proba são, a toda evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações básicas fáticas. São, pois, interesses difusos (art. 81, parágrafo único, I, CDC). Em sentido amplo, podem até ser considerados como interesse público. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público, enquadram-se, portanto, na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público, bem como os demais legitimados coletivos (art. 5º, Lei nº 7.347/85 e art. 17,

²¹ “Configura-se a hipótese do agente político condenado pelo ato de improbidade consistente em apropriar-se de bem público. Essa circunstância não implica que não possa receber, em ação penal, a pena de reclusão prevista no art. 312 do Código Penal, para o peculato-apropriação, se houver plena subsunção típica. Idem, quanto ao agente público que recebe propina, ato de improbidade. Há figuras de improbidade que se enquadram como ilícitos penais, cujas sanções também trazem a perda do cargo ou da função pública. O Código Penal traz os seguintes exemplos: o peculato (art. 312), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317), a prevaricação (art. 319) e a advocacia administrativa (art. 321) e também realiza, em tese, delito de corrupção passiva inscrito no art. 317 do Código Penal. A sanção debitada ao ato de improbidade não se comunica com aquela merecida pelo delito.” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo *Ato de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.)

²² “A ressalva do art. 12, *caput*, da Lei Federal nº 8429/92 mostra que, além das sanções típicas (a lei é plena sanção de natureza civil) de seus incisos, “pode ser infligida outra sanção civil, prevista em lei específica” (cf. MATTOS NETO, Antonio José de, *Responsabilidade Civil...*, RT, 752/38). Esse dispositivo, conjugado com os arts. 21 da Lei Federal nº 7347/85 e 83 da Lei Federal nº 8078/90, admite sanções atípicas (como nulidade de contrato – art. 59 da Lei Federal nº 8666/93), pois é possível a dedução de qualquer pedido visando à entrega de algum tipo de prestação jurisdicional na ação civil pública (declaratório, condenatório, constitutivo e mandamental), inclusive os previstos no art. 3º da Lei Federal nº 7347/85, obrigação de fazer (prestação de atividade devida) ou de não fazer (cessação de atividade nociva), como prestar contas (ao órgão competente), abster-se de desviar verba pública para outra entidade que não a prevista em lei, aplicar verba pública segundo a lei etc. e outros, como a anulação ou declaração de nulidade de ato público civil, administrativo, comercial (compra e venda ou doação simuladas ou fraudulentas, licitação e controle administrativo, concessão de crédito, isenção, anistia etc.)” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002). No mesmo sentido, na doutrina, vale mencionar: “(...) não nos parece ser possível, por via interpretativa, equiparar o ilícito previsto pela Lei nº 8.429/92 e os chamados crimes de responsabilidade. Trata-se de esferas diferentes e autônomas de responsabilização do agente público. Os chamados crimes de responsabilidade configuram ilícitos de natureza político-administrativa, ao passo que a improbidade é ilícito civil. A própria Constituição, no art. 37, §4º, dispôs sobre a autonomia das instâncias penal, civil e administrativa.” COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Lei nº 8.429/92), a demandar em juízo acerca dos mesmos. Conclui-se, portanto, ser a ação de improbidade administrativa uma garantia processual coletiva, que tem por escopo proteger o direito difuso à probidade administrativa.²³

Identificados com o amplo espectro dessa conceituação legal, o direito à probidade administrativa e à proteção da *res publica* tem alocação, como não poderia deixar de ser, entre as funções institucionais do Ministério Público unidas no Texto Maior, tuteladas mediante Ação Civil Pública, conforme preconizado no art. 129, inciso III, CR/88²⁴. No mesmo sentido, podemos destacar o art. 25 da Lei Federal nº 8625/93.²⁵

Nada impede, pois, concluir que a ação civil prevista na Lei nº 8429/92 pode ser ação civil pública, cabendo perfeitamente nos moldes estabelecidos pelo art. 1º, incisos IV e VIII da Lei nº 7347/85²⁶. Ademais, basta uma mera leitura da súmula preambular da Lei nº 7347/85, quando resume o seu teor, para se depreender que o nome adotado é Ação Civil Pública para qualquer tipo de demanda que vise proteger os interesses de que trata a lei²⁷. Ora, se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, especificamente do patrimônio público; se, também, tem legitimação concorrente à ação cabível no âmbito da improbidade administrativa (art. 17 da Lei nº 8429/92); se a Lei de Improbidade Administrativa não especifica a natureza da ação que regula, limitando-se a definir-lhe o rito (comum – art. 318, CPC), inexistente razão, de matriz jurídica, a desaconselhar o entendimento que eleva a ação civil de improbidade administrativa ao nível de ação civil pública.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito, em diversos julgados, admitindo expressamente o emprego da expressão ação civil pública para designar

²³ “Logo, foi profunda a preocupação do Constituinte com a proteção ao patrimônio público em geral, e com a probidade e a moralidade administrativa, em especial, a ponto de ter tornado a proteção a ambos um direito fundamental do cidadão brasileiro, indicando, ainda, deveres de comportamento do Estado a benefício da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente se dá mediante preceitos de transparência, probidade e igualdade substancial.” MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na Lei nº 8.429/92: algumas breves anotações. In: *Temas avançados do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho.

²⁴ “São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o Inquérito Civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Nas corretas palavras de Waldo Fazzio Júnior: “Esse mandamento maior, além de indicar a proteção do patrimônio público, identifica-o com outros interesses difusos e coletivos. Isso leva a duas conclusões: os bens jurídicos de que trata a Lei nº 8429/92 integram o elenco dos interesses difusos e coletivos e, corolariamente, o Ministério Público está autorizado a defendê-los em juízo por meio da ação civil pública. (...) Depois, não se pode restringir a ação civil de improbidade administrativa à imediatidade da restauração do tesouro público lesado. É um instrumento para se alcançar a afirmação superior dos direitos republicanos, sobretudo da preservação da probidade administrativa. É o corretivo-meio, o remédio processual absolutamente necessário para assegurar a inviolabilidade administrativa, no rumo ditado pelos princípios definidos no art. 37, *caput*, bem como no art. 129, III, ambos da Constituição Federal.” (*Atos de Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2ª ed. Editora Atlas. p.301-302.)

²⁵ “Promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

²⁶ “As ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (IV) – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (...) (VIII) ao patrimônio público e social.”

²⁷ “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.”

a ação de conhecimento visando reprimir os atos de improbidade administrativa.²⁸ Diante da reiteração de precedentes neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 329, exatamente no sentido do que aqui se sustenta.²⁹

Por fim, impende salientar que a doutrina, seguindo a mesma toada aqui sustentada, ratifica a natureza cível da demanda de improbidade administrativa, bem como, por conseguinte, a própria natureza das sanções decorrentes, conforme abordado no item anterior.³⁰

²⁸ Resp. 199.478/MG, 1ª Turma; Reclamação 591/SP, Corte Especial; Resp. 154.128/SC; Resp. 167.344/SP; Resp. 98.648/MG; Resp. 149.096; Resp. 226.863/GO; RMS 7750/SP; Resp. 469.366 e Resp. 67.148/SP.

²⁹ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”

³⁰ “Com suporte na Lei nº 8429/92 pode o pedido da ação civil pública contemplar as sanções inerentes à improbidade administrativa, sendo despidendo prender-se ao rótulo da ação, mas ao tema em discussão. Também viável a cumulação de ações. Logo, quando o MP promove ação civil pública para a proteção do patrimônio público lesado por ato de improbidade, está ele utilizando atribuição constitucional expressamente prevista. Está também defendendo os princípios da legalidade e da moralidade, quando afetados pelo ato improbo. Caso não se colocasse tal defesa no âmbito da ‘lesão do patrimônio público’, forçosamente ela estaria incluída na norma de extensão (‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’) e no art. 127, *caput*, da CF/88 (‘defesa da ordem jurídica’). Pode-se afirmar, em conclusão, que a legitimação do MP para promover ação civil pública por ato de improbidade administrativa decorre, em primeiro lugar, da norma constitucional (art. 127, *caput*, e 129, III, da CF) e, em segundo, da Lei nº 7347/85, art. 5º, e da Lei nº 8429/92, art. 17.” (ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. Editora RT. 2ª ed. p.45-46). Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves assim se manifestam: “Entra pelos olhos, desta forma, que a incidência, ou não, das regras previstas na Lei de Ação Civil Pública, de sua técnica de tutela, independentemente do nome que se queira dar à ação e ao rito que se deseje imprimir, vai depender, fundamentalmente, da identificação, ou não, de um interesse coletivo ou difuso, objeto do referido diploma legal. Se considerarmos que a Lei nº 8429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesses difusos, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais colegitimados, torna-se clara. Claríssima, de *lege lata*, em razão da regra contida no art. 129, III e §1º, da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente dogmático. Equivocada, assim, data vênua, a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei nº 7347/85. Equivocada, *rogata venia*, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, de sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância.” (GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Editora Lumen Juris. 4ª ed. p. 601-602) “No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF 5º LXXIII). O autor (LAP 9º). A CF 129, III, conferiu legitimidade ao MP para instaurar Inquérito Civil e ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º *caput* e §1º.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em vigor*. Editora RT. p.1018, nota 25, art. 1º, inciso IV, Lei nº 7347/85). “A própria ação de improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8429, de 02.06.92, enquadra-se como espécie de ação civil pública, seguindo o mesmo procedimento, tendo como finalidade a defesa dos entes públicos contra os atos de enriquecimento ilícito, ou que causam prejuízos ao erário público, ou que ofendem certos valores e princípios morais da administração pública. (...) Sem dúvida, a ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação civil pública, já que a defesa visada com a sua utilização tem em vista interesses transindividuais, de cunho difuso, como decorre especialmente do inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Ministério Público promover a ação para a tutela de uma gama de interesses públicos, nos quais se incluem os de defesa do patrimônio dos entes estatais. (...) Ora, se cominada a incumbência da tutela do patrimônio público e social através da ação civil pública, e procedendo-se à defesa mediante a ação de improbidade, resta silogisticamente correto concluir que a ação civil para tanto se enquadra como pública, com todas as prerrogativas e os instrumentos próprios da Lei nº 7.347.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Editora GZ). “A Lei da Ação Civil Pública limitava, é certo, a defesa dos interesses tratados aos provimentos de natureza condenatória, de valor em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer

Ainda que se pretenda afastar a sua natureza de ação civil (pública), impende salientar que a atual ciência processual proscreve o sistema das ações típicas, de tradição romana, por intermédio do qual se buscava aprisionar a veiculação das pretensões a determinados modelos, a determinados tipos de ação. O Direito Processual se preocupa, nos dias atuais, com a efetividade dos mecanismos de tutela jurisdicional, com a celeridade da atuação interventiva e garantidora do Estado-Juiz, acolhendo a máxima de que o processo deve dar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter. A bem da verdade, jamais afastando a natureza cível das demandas coletivas, vigora o princípio da atipicidade das demandas coletivas em nosso ordenamento, denotando que o essencial é ser adequada e efetiva para a proteção integral da coletividade e não o *nomem iuris* da demanda.³¹

6. Da Submissão dos Agentes Políticos aos Ditames da Lei de Improbidade Administrativa

Não há nenhuma norma jurídica constitucional positivada que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções

(art. 3º), excluindo a possibilidade de se lançar mão de remédios de natureza declaratória ou constitutiva. Essa limitação, entretanto, foi suprimida pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu o recurso a todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, com aplicação à Lei da Ação Civil Pública. Relativamente ao Ministério Público, deve-se considerar ainda que, com a entrada em vigor do texto constitucional, a legitimação do Ministério Público, para a defesa dos interesses elencados na Lei nº 7347/85, passou a decorrer da própria Constituição Federal permitindo a formulação de pedido de qualquer natureza. Conforme interpreta Hugo Nigro Mazzilli, 'o art. 129, III, da Constituição da República, permite a propositura de qualquer ação civil pública pelo Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não limitando seu objeto a pedido condenatório' (SALLES, Carlos Alberto de. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: RT, 1991. p. 97) e (Legitimidade para agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público, in: *Ministério Público – Instituição e Processo*. p. 256-257). "Partindo de aceita conceituação doutrinária, a ação civil de que trata o art. 17 é pública porque, sendo a probidade administrativa interesse transindividual, indivisível e de titulares indeterminados, pertencendo à categoria dos difusos (cujos objetos são o patrimônio público e social e a moralidade administrativa), a ação que tende a protegê-lo, prevenindo e responsabilizando danos morais e patrimoniais, é a demanda molecular (a ação civil pública criada pela Lei Federal nº 7347/85, art. 1º, IV, com o objeto ampliado pelo art. 129, III, da CF). (...) Em suma, está consolidado na jurisprudência: a) a legitimidade ativa do Ministério Público e a adequação da via eleita (ação civil pública) para a imposição das sanções contra a improbidade administrativa e reparação de dano ao erário na defesa do patrimônio público, considerando a missão como tutela de interesse difuso consistente no direito a uma Administração Pública proba e honesta, que não se confunde com a representação judicial de entidades públicas e não é excluída pela ação popular; b) a inexistência de incompatibilidade de rito entre as Leis nº 7347/85 e nº 8.429/92; c) a reversão da indenização ao erário e não ao fundo do art. 13 da Lei nº 7.347/85, pela especialidade da Lei nº 8.429/92 ao estabelecer que a condenação ao ressarcimento do dano ao erário reverte diretamente ao patrimônio da pessoa jurídica pública que suportou o prejuízo, porque a reversão da condenação em dinheiro ao citado fundo é restrita aos casos de impossibilidade da recomposição dos danos". (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. Editora Saraiva. p.399-404-405).

³¹ Esse princípio quebra o dogma do batismo das ações que há muito no processo individual. Pela ideia desse princípio não importa qual foi a ação proposta, importando se ela foi a mais adequada e efetiva à proteção da coletividade. Art. 83 do CDC. Art. 5º, incisos XXI e LXX da Constituição; art. 8º, inciso III; art. 127, parte final; art. 129, inciso III; art. 29-A; art. 15, inciso V; art. 37, §4º; art. 55, incisos II e IV, §§ 2º e 3º; art. 14, §10; art. 85, inciso V; art. 208, inciso IV c/c art. 5º da Lei nº 9394; art. 211, §2º da Constituição; Arts. 1º e 4º do DL 201/67; art. 9º da Lei nº 1079; art. 1º LADPop; art.s 1º e 5º da LACP; art. 17 da LIA; art.s 21 e 22 da LMS; art. 1º da Lei nº 9868; art. 1º da Lei nº 9882; art. 1º do Estatuto do Torcedor; art. 201 do ECA; art. 81 do Estatuto do Idoso; art. 12 da Lei nº 10257; art. 30 da Lei nº 12846; art. 1º da Lei nº 8884; art. 1º da Lei nº 7853; art. 1º da Lei nº 7913; art. 14, §1º da Lei nº 6938; art. 2º-A da Lei nº 9494.

por ato de improbidade administrativa previstas no art. 37, §4º da Constituição da República. Seria incompatível com a Constituição da República eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.³²

A análise do cabimento da submissão de agentes políticos às sanções judiciais por atos de improbidade administrativa, nos termos do §4º, do art. 37, da Constituição e da Lei de Improbidade Administrativa, passa inicialmente pela lembrança de que todos são iguais perante a lei.

Admitindo-se que agentes políticos estariam alforriados à incidência das regras constantes dos mencionados dispositivos, que punem a improbidade administrativa, ocorreria significativa quebra inteiramente injustificada desse princípio constitucional.

Sem embargo da ressalva de que os agentes políticos poderiam ser responsabilizados (mas apenas no próprio âmbito político) por atos de improbidade que caracterizassem também crimes de responsabilidade, é forçoso reconhecer que o arcabouço sancionador da improbidade, contido na própria Constituição, não permite a exclusão da responsabilidade judicial de tais agentes estatais.

A exclusão do sancionamento dos agentes políticos nos termos do §4º do art. 37 da Constituição e da Lei nº 8.429/92 acaba fazendo com que a boa previsão constitucional e legal da punição da improbidade, em defesa da preservação do estrito atendimento aos princípios constitucionais que norteiam a atuação do Estado de modo geral (e é isso que fazem os princípios consignados no *caput* do art. 37 da CR/88), atinja apenas subordinados, subalternos, servidores públicos em sentido estrito, mantendo, porém, ao largo da punição pelo mal proceder, justamente os chefes, os que comandam, os que exercem a vontade política do Estado e dirigem toda a administração pública.

É preciso reconhecer a ênfase posta pela Constituição Federal na preservação da ampla e severa observância dos princípios constitucionais da administração pública, por parte de todos os agentes políticos, detentores de mandatos eletivos inclusos. Essa ênfase resulta de várias vertentes.

Em primeiro lugar, da referência textual a tais princípios, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, da referência genérica, sem qualquer restrição à condição funcional de seus autores, de que atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento de danos ao erário, quando for o caso, e a indisponibilidade de bens, quando providência necessária. Tudo previsto pelo §4º, do art. 37, da CR/88. A imposição das sanções é de rigor, qualquer que seja a categoria funcional do agente político responsável pelo ato de improbidade administrativa.

Sem prejuízo destas, remanesce também a possibilidade da responsabilização no âmbito político, que fica a cargo do Legislativo, quando o ato de improbidade também corresponde a crime de responsabilidade de autoria de agente político.

³² Ao contrário, como podemos extrair dos seguintes arts.: 14, §9º, 15, V, 29-A, §3º, 52, I e II e parágrafo único, 55, II e IV e §§ 2º e 3º, 85, V, 96, III, 102, I, c), 105, I, a) e 108, I, a) todos da Constituição da República.

Mesmo quando um específico ato de improbidade administrativa também puder ser assimilado a crime de responsabilidade, nem por isso deixará de ser viável a responsabilização judicial de seu autor, justamente na perspectiva da improbidade. Os dois âmbitos de possível responsabilização jurisdicional, pela improbidade, e política, correm paralelos, sem que um jamais exclua o outro.

Com certeza também no exercício da atividade legislativa e da atividade jurisdicional, todos os agentes do Estado hão de se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Embora o *caput* do art. 37 da Constituição mencione a administração pública direta e indireta, não menos certo é que também se reporta a todos os poderes do Estado, sem excluir qualquer um.³³

Assim, todos os agentes políticos, qualquer que seja a categoria na qual se os pretenda enquadrar, de sorte a estarem, por evidente, também abrangidos, devem guardar a mais estrita observância aos princípios referidos. Nada existe no texto constitucional no sentido de que, em face de agente político, permita concluir pelo cabimento única e exclusivamente de uma responsabilidade político-administrativa.

³³ “De tudo se conclui que também agentes políticos respondem por atos de improbidade administrativa, podendo também em face deles o Judiciário aplicar as sanções pertinentes. Ademais, na ação de improbidade administrativa podem ser aplicadas ao agente político todas as sanções por improbidade previstas pelo §4º, do art. 37, da CF/88 e pelo art. 12 da LIA. A responsabilização judicial pelo cometimento de ato de improbidade é independente da potencial responsabilização político-administrativa pelo mesmo ato. Ambas acham-se albergadas pelo texto constitucional, na medida em que o *caput* do art. 37 da Constituição se dirige a todos os agentes do Estado, quaisquer que sejam suas funções e na medida em que o respectivo §4º também não empreende qualquer distinção. Convivem, portanto, lado a lado e sem que uma seja prejudicada pela outra, as duas potenciais de perda do cargo: por sentença de procedência de ação por improbidade, ou por decisão político-administrativa, observados os pertinentes parâmetros constitucionais”. (DECOMAIN, Pedro Roberto: *Improbidade Administrativa e Agentes Políticos* – Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos, p.49). “Com o conceito amplo do art. 2º, a Lei nº [8429/92] atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF e das Leis Federais nº 9637/98 e 9790/99 etc.)” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 279. Não se pode introduzir no texto constitucional o que ele não contém. Está dito que o crime de responsabilidade só implicará perda do cargo e na inabilitação para o exercício da função pública por oito anos. Não está dito que só o crime de responsabilidade implicará perda do cargo e na inabilitação para o exercício da função pública por oito anos. O local da colocação do advérbio, no caso, é absolutamente decisivo e revelador da vontade do legislador constitucional. Não está dito, por outro lado, que agente político só responde por crime de responsabilidade. Se assim fosse, e considerando a ordem de raciocínio até agora exposta, a única sanção que poderia sofrer um agente político seria a perda do cargo, livrando-se, assim, de uma eventual condenação criminal e de uma condenação ao ressarcimento dos danos que eventualmente tiver causado (relembre-se que por crime de responsabilidade o agente político não pode ser condenado a recompor os cofres públicos, por exemplo). Mas assim não é. O agente político poderá ser condenado a outras sanções, em outras esferas, se o mesmo ato, caracterizador de crime de responsabilidade, constituir outro ilícito – crime comum ou ato de improbidade. Tanto assim que o próprio parágrafo único do art. 52 [da CF/88] deixa expresso que não haverá prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. (GARCIA, Mônica Nicida: *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.283). “Os agentes políticos são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade administrativa, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade...” (GARCIA, Emerson: O combate à corrupção no Brasil: Responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 27, jan./mar. 2008).

Além disso, de acordo com a própria dicção do art. 2º da Lei nº 8429/92, que define agente público para os fins daquela lei, nesse conceito se incluem os ocupantes de “mandato” e todos os agentes públicos investidos nos respectivos cargos por “eleição”. A mesma referência a ocupante de mandato em qualquer das entidades referidas no art. 1º, consta também no art. 9º da lei, que relaciona os atos de improbidade marcados por vantagem patrimonial ilícita auferida pelo agente.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma toada, ressaltando, contudo, os agentes políticos que se submetem à competência do Supremo Tribunal Federal³⁴. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente os casos nos quais o ordenamento jurídico constitucional excepcionou poderão ser afastados do alcance do regime jurídico sancionatório da lei de improbidade administrativa, tais como o Presidente da República (art. 86 da Constituição da República) e os Ministros de Estado³⁵. Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça afastar a possibilidade de punição de tais agentes políticos por ato de improbidade, continuamos a defender a tese contrária à imunização, pois há erro de premissa na interpretação da corte. Entendemos que há certa confusão entre o regime jurídico procedimental do julgamento com a prática do fato ensejador.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, apesar de já ter afastado a aplicação da lei de improbidade administrativa dos agentes políticos, em caso específico envolvendo Ministro de Estado³⁶, tem entendimento já consolidado, em alguns precedentes, no sentido da possibilidade da punição destes agentes por ato de improbidade, sem utilização do foro por prerrogativa de função, seguindo a mesma linha argumentativa aqui exposta³⁷. Ora, se afasta a aplicação do foro por prerrogativa de função, não teria o menor sentido não aplicar a lei de improbidade administrativa, pois os agentes políticos que estão sujeitos ao regime jurídico do crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Dec-Lei nº 201/67) não respondem por este ato perante o juízo de primeiro grau (arts. 52, I e II, 96, III, 102, I, c, 105, I, a e 108, I, a), todos da Constituição da República.

Assim, ao analisar as mais recentes decisões monocráticas dos Ministros da Suprema Corte, é possível afirmar que a tendência será a fixação de tese jurídica pela aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos submetidos ao regime jurídico do crime de responsabilidade.³⁸

³⁴ REsp. 1.025.300-RS, DJe 2/6/2009; REsp 1.119.657-MG, DJe 30/9/2009; REsp. 908.790-RN, DJe 2/2/2010, e REsp. 892.818-RS, DJe 10/2/2010. REsp. 1.135.767-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 25/5/2010. AgInt no AREsp 747.465/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

³⁵ REsp. 1530234/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015.

³⁶ Rcl. 2138/DF. No bojo deste precedente, o STF fixou duas teses jurídicas: a) inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos submetidos ao regime jurídico do crime de responsabilidade; b) equiparou o crime de responsabilidade e o ato de improbidade administrativa reconhecendo, portanto, que a aplicação de ambos os regimes acarretaria *bis in idem*.

³⁷ Pet. 3923 QO/SP, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13-06-207. Pleno, Rcl. – MC – AgR nº 6034/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25.06.08, publicado no Dje de 29.08.2008, vol. 2330-02, p.306. Pet 3067 AgR, Rleato Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 19.11.2017. Rcl. 3638 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 21.10.2014. ARE 806.293, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 03.06.2014.

³⁸ Pet 5.080, DJ 01/08/13, Rcl. 15.831, DJ 20/06/13, Rcl. 15.131 DJ 04/02/13, Rcl. 15.825, DJ 13/06/13, Rcl. 2.509, DJ 06/03/2013.

7. Conclusão

Considerando todo o exposto neste artigo, forçoso concluir o seguinte: a) O Supremo Tribunal Federal reconhece a natureza jurídica cível da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, bem como a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos e a inexistência de foro por prerrogativa de função, exceto quando se tratar de Ministro da própria Corte; b) O Superior Tribunal de Justiça segue atualmente a mesma toada do Supremo Tribunal Federal, mas fixou tese jurídica no sentido da inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa ao Presidente da República.

Atendimento Socioeducativo Destinado às Adolescentes em Privação de Liberdade no Estado do Rio de Janeiro: Elas Existem?

Flávia Alt do Nascimento*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Doutrina do Direito Penal do Menor à Doutrina de Proteção Integral: Elas Existem? 2.1. Doutrina do Direito Penal do Menor e da “Situação Irregular”. 2.2. Doutrina de Proteção Integral. 3. Dados Nacionais: Constatando que Elas Existem. 4. Cenário do Atendimento Destinado às Adolescentes em Privação de Liberdade Executado no Estado do Rio de Janeiro: Elas Existem! 4.1. Atendimento Inicial e Processo de Acautelamento: o Início da Violação de Direitos. 4.2. Perfil de Atendimento em Privação de Liberdade. 4.3. Atos Infracionais. 4.4. Atendimento Institucional e Recursos Materiais. 4.5. Participação da Família no Processo Socioeducativo. 4.6. Plano Individualizado de Atendimento e Atividades Desenvolvidas no Processo Socioeducativo. 4.7. Estrutura Física da Unidade de Atendimento. 5. Considerações Finais: se Elas Existem. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar o atendimento em privação de liberdade destinado às adolescentes, a quem se atribui a autoria de ato infracional, inseridas no Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE). Na execução do atendimento, é evidenciada a invisibilidade das adolescentes em um sistema socioeducativo organizado para meninos. Desse modo, foi realizado resgate histórico do atendimento destinado para crianças e adolescentes atravessando pelas Doutrinas do Direito Penal, Doutrina da Situação Irregular até o avanço na política de atendimento com a Doutrina de Proteção Integral e contexto da inserção das adolescentes em sistema privativo de liberdade. Ao longo do artigo, são apresentados dados nacionais sobre as meninas em internação provisória e medida socioeducativa de internação e o cenário do atendimento realizado no Estado do Rio de Janeiro com os achados sobre a política de atendimento em âmbito estadual.

Abstract

The objective of this article is to show the lack of freedom to teenage girls on the on Department of Social education Actions (DEGASE). During their customer service you

* Pós-Graduada em Direito da Infância e Juventude. Graduada em Serviço Social. Servidora do MPRJ.

can easily notice that teenagers are invisible in a social education system made up for boys. For this matter, I studied the history of customer service destined to help children and teenagers by looking at Penal Guidelines, Irregular Situation Doctrine extending to the customer service politics with the Integral Protection Doctrine and its context on inserting teenagers on a private system of freedom. Through out this article several national data on temporary lack of freedom will be presented, as well as what was acknowledged by the customer service in the State of Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Doutrinas. Socioeducação. Adolescente autora de ato infracional.

Keywords: *Doctrines. Social Education. Teenage girl the commit an infraction.*

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo tratar do atendimento socioeducativo em privação de liberdade ofertado às adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo estadual gerido pelo Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE), desde os problemas que ocorrem na apreensão policial até o cumprimento de medida socioeducativa de internação.

Falar sobre o adolescente envolvido em ato infracional torna-se desafiante e, ao mesmo tempo, gratificante, tendo em vista que o tema – ignorado por amplos segmentos da sociedade – despertou, em mim, grande interesse em aprofundar o conhecimento acerca desta população marginalizada e estigmatizada pela sociedade. E o que dizer das meninas? Elas se tornam “invisíveis” em um sistema de atendimento que foi criado e pensado, exclusivamente, para o sexo masculino. Portanto, tratar das meninas em privação de liberdade ainda é tema pouco difundido entre os pesquisadores, e, deste modo, os dados aqui apresentados podem revelar alguns aspectos importantes sobre o atendimento socioeducativo à luz dessa peculiaridade.

Trazer essas especificidades para o debate é uma tarefa que se impôs a partir da experiência de trabalho nas unidades de atendimento de execução de medida socioeducativa de privação de liberdade¹, em especial na atuação como assistente social na unidade de atendimento feminina, momento em que foram identificadas, no cotidiano institucional, diversas violações de direitos sofridas pelas meninas a quem se atribui a prática de ato infracional. Posteriormente, no ano de 2012, integrando a Equipe de Serviço Social do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude (CAOPJIJ) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o olhar para esse atendimento apresentou-se de forma diferenciada, tendo em vista

¹ Atuação, entre os anos de 2004 a 2008, na unidade de internação provisória masculina Instituto Padre Severino (IPS), com a nomenclatura alterada para Centro de Socioeducação Dom Bosco e; na unidade de internação feminina Educandário Santos Dumont (ESD), com a nomenclatura alterada para Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (PACGC).

que a atuação técnica não estava mais pautada na “execução terminal de políticas sociais” (NETTO, 1992), mas, sim, no assessoramento técnico, em matéria de Serviço Social, aos Promotores de Justiça de Infância e Juventude da Capital.

Sobre este aspecto, no que concerne ao campo das competências e atribuições privativas dos assistentes sociais, MATOS (2006)² define assessoria como:

(...) aquela ação que é desenvolvida por um profissional com conhecimentos na área, que toma a realidade como objeto de estudo e detém uma intenção de alteração da realidade. O assessor não é aquele que intervém, deve, sim, propor caminhos e estratégias ao profissional ou à equipe que assessora e estes têm autonomia em acatar ou não as suas proposições.

Desse modo, o assessoramento técnico especializado tem por objetivo instrumentalizar e subsidiar decisões no que tange aos procedimentos voltados para a garantia de direitos de crianças e adolescentes. FRANCO, SILVA & SILVA (2011)³ definem como uma das diretrizes no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a “assessoria aos promotores de justiça na fiscalização da execução de Políticas Públicas, por meio de pesquisas, vistorias, análise de documentos e estudos sociais”. Portanto, a atuação da equipe de Serviço Social do CAOPJIJ é focada na identificação de caminhos e estratégias para que o membro do Ministério Público possa fiscalizar o funcionamento dos serviços prestados à população infanto-juvenil e fomentar a adequada implementação das políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes.

Ao longo de mais de duas décadas de atuação, a equipe de Serviço Social produziu um extenso acervo documental e uma metodologia de trabalho que privilegia a produção de informações e dados qualificados sobre a política de atendimento aos direitos humanos de crianças e adolescentes. Este rico material serviu como fonte profícua para a sistematização de dados sobre a temática abordada neste artigo e, juntamente com a pesquisa bibliográfica e documental em outras fontes, permitiu a aproximação com a temática proposta.

Assim, a primeira parte do artigo trata da trajetória histórica do atendimento direcionado às crianças e adolescentes no Brasil, passando pela Doutrina do Direito Penal do Menor até o avanço na política de atendimento indicado na Doutrina de Proteção Integral, com a apresentação de normativas nacionais e internacionais e o contexto de inserção das adolescentes do sexo feminino em sistema privativo de liberdade.

Na segunda parte, o artigo apresenta os dados nacionais sobre o atendimento às meninas e, na terceira parte, são expostos os principais achados sobre a política de atendimento em âmbito estadual.

² MATOS, Maurílio Castro de. Assessoria e Consultoria: reflexões para o Serviço Social. In: *Assessoria, Consultoria e Serviço Social*. Rio de Janeiro, 7 letras, 2006, p.31-32.

³ FRANCO, Elisa; SILVA, Anália dos Santos; SILVA, Márcia Nogueira da Silva. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Matriz Teórica Metodológica do Serviço Social do Estado do Rio de Janeiro*. RJ, julho de 2011, p.18.

Para o alcance dos objetivos propostos, foram utilizadas as seguintes fontes documentais: Levantamento Anual SINASE 2014⁴; Pesquisa do Conselho Nacional sobre a medida socioeducativa de internação aplicada às adolescentes do sexo feminino⁵; e materiais produzidos pela equipe técnica de Serviço Social do CAOPJII (Sínteses Avaliativas⁶ e Relatórios Técnicos⁷). Para a obtenção de dados quantitativos e qualitativos sobre as meninas em privação de liberdade no Estado do Rio de Janeiro, foi eleito corte temporal da avaliação do atendimento socioeducativo executado na unidade feminina de internação Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, entre os meses de março de 2016 e março de 2017⁸; Projeto Político Pedagógico, listagens e planilhas institucionais disponibilizadas nas vistorias técnicas.

Por fim, são apresentadas as considerações finais, cabendo ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de descobrir um novo caminho, mas de evidenciar que, apesar de todas as violações identificadas no fluxo de atendimento socioeducativo, as adolescentes do sexo feminino existem e demandam alterações significativas na política de atendimento socioeducativo ora em curso.

2. Da Doutrina do Direito Penal do Menor à Doutrina de Proteção Integral: Elas Existem?

A história brasileira não possui tradição de glórias em relação às ideias e práticas no que diz respeito à atenção voltada às crianças e aos adolescentes. Segundo SILVA & SILVA (2009), as ações voltadas para crianças e adolescentes no país são historicamente atravessadas por três grandes óbices: “o caráter classista, voltado para as classes subalternizadas; o recurso da institucionalização, para estabelecer o controle da pobreza; e o uso da repressão e do controle em detrimento da proteção”⁹.

⁴ BRASIL. Presidência da República, Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA). *Levantamento Anual - SINASE 2014*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

⁵ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Coord.) *Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões*. Pesquisadores Camila Arruda Bastos *et al.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

⁶ Documento produzido para avaliar determinada política de atendimento ao público infanto-juvenil. Contém informações sobre um conjunto amplo de variáveis e indicadores que são fundamentais para a identificação de problemas que dificultam a implementação de uma política de atendimento de qualidade.

⁷ Documento produzido para apresentar posicionamento em casos concretos de natureza individual e institucional a partir da realização de diversos procedimentos técnicos (vistorias, visitas domiciliares, observações, entrevistas, reuniões).

⁸ Para análise de dados do corte temporal informado, consideraram-se os relatórios técnicos produzidos para atender às solicitações de acordo com as especificidades das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude Infractional (conhecimento da medida); Promotorias de Justiça de Execução de Medidas Socioeducativas, que tratam dos aspectos individuais da execução da medida socioeducativa aplicada ao adolescente, e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude, que trata do atendimento da política na promoção e proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos adolescentes sempre que relacionados ao sistema socioeducativo, inclusive em relação às políticas nos âmbitos estadual e municipal e à execução orçamentária. Portanto, a cada realização de vistoria, contemplaram-se as informações em conformidade com a Promotoria de Justiça solicitante.

⁹ SILVA, Jane Santos da; SILVA, Márcia Nogueira da. Adolescentes em Conflito com a Lei no Brasil: Direitos (Des) Humanos? p.129. In: FREIRE, Silene de Moraes (Org.). *Direitos Humanos e questão social na América Latina*. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

Ao longo dos anos, ações voltadas para este segmento da sociedade foram sendo paulatinamente construídas, com destaque para a primeira lei a estabelecer um conjunto de princípios e normas direcionado para o atendimento à infância e adolescência – o Código de Menores de 1927 e, por último, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 que embasou a Lei nº 12.594 de 2012, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

O estudo dos antecedentes históricos acerca das legislações sobre crianças e adolescentes é de extrema importância, pois houve uma grande influência internacional desse ramo do Direito, na evolução das legislações brasileiras, sendo necessária uma análise de cada período, bem como da corrente jurídico-doutrinária hegemônica que o caracterizava.

Com base no conjunto de princípios que serviram de alicerce para as políticas de atendimento destinadas para as crianças e adolescentes, observou-se que durante o processo de evolução do atendimento, poucas ações foram direcionadas para o público feminino.

2.1. Doutrina do Direito Penal do Menor e da “Situação Irregular”

Ao resgatar historicamente as ações previstas para crianças e adolescentes envolvidos em atos relacionados à conduta, destaca-se que em 1830, mediante a Independência do Brasil e a primeira Carta Constitucional, tornou-se necessário substituir a legislação do Reino de Portugal. Portanto, o código criminal do Império do Brasil – elaborado por uma comissão de Deputados e Senadores – transformou-se em lei em 16/12/1830, tendo sido o primeiro código penal da América Latina que considerava inimputáveis apenas os menores de 7 anos de idade.

Este código estabelecia a faixa etária entre os 7 e os 14 anos para definir os que eram penalmente irresponsáveis, caso não houvesse prova de seu discernimento feita pela demonstração da capacidade de entendimento do ato infracional¹⁰. Neste código, admitia-se que crianças e adolescentes de ambos os sexos fossem recolhidos em casa de correção, desde que não fossem maiores de 17 anos.

Em 1890, com a abolição da escravatura do Brasil, que afetou disposições do Código Criminal do Império e mediante a Proclamação da República, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos da América do Brasil – Decreto nº 847 de 11/10/1890 – pouco antes da publicação da primeira Constituição Republicana, em 24/02/1891.

No entanto, maiores de 9 anos e menores de 14 anos seriam submetidos à avaliação de magistrado. Nesse momento histórico, era mantido ainda o critério de discernimento, admitindo-se que crianças e adolescentes, de ambos os sexos, fossem recolhidos em casa de correção, desde que não fossem maiores de 17 anos conforme afirma SARAIVA (2016)¹¹.

¹⁰ NASCIMENTO, Flávia Alt. *A Eficácia da Medida Socioeducativa de Internação Aplicada aos Adolescentes em Conflito com a Lei*. 2005. 16-17. Monografia (Graduação em Serviço Social) UNISUAM - Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro, RJ, 2005.

¹¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e Responsabilidade Penal: Da Indiferença à Proteção Integral; uma abordagem sobre a responsabilidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.35.

A imputabilidade penal que no início do século se dava aos sete anos, e pelo código penal do Império de 1830 passou para um critério biopsicológico baseado no “discernimento”, entre sete e quatorze anos, evoluiu no Código Republicano de 1890: Irresponsável penalmente seria o menor com idade até nove anos (artigo 27, §1º).

Em 1923, em decorrência da experiência americana e por esta influenciada, surgem no Brasil os primeiros Tribunais de Menores. Aos poucos se veio construindo a Doutrina do Direito Menor, fazendo referência à carência/delinquência, onde era feita a distinção de crianças e adultos, mas, por outro lado, era consequente a efetivação de um processo de criminalização da pobreza¹².

Nesta Doutrina, o menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, era submetido pela autoridade a medidas de assistência e proteção, como destaca FERNANDES (1998)¹³:

No que se refere aos menores, entre outras condições, abandonados, foram considerados vadios, mendigos e libertinos. O Regulamento também dispõe sobre perda de suspensão do pátrio poder, destituição de tutela e das medidas aplicáveis aos menores.

A política era de suprir garantias, com a finalidade de assegurar a proteção dos menores. Para combater um problema – a indistinção de tratamento entre adultos e crianças – criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou em mais um problema: caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais. Em nome do amor, estavam sendo lançados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular, consagrando o binômio carência/delinquência. Neste período com a lei regulamentar em 20/11/1923, pelo Decreto nº 16.272, no que se refere à inimputabilidade, artigo 3º, parágrafo 16, exclui o menor de qualquer processo quando ainda não tivesse completado 14 anos¹⁴.

Em 1927, sob a autoria do juiz de menores Mello Mattos, através de Decreto nº 17.943-A, de 12/10/1927, o Brasil cria seu primeiro Código de Menores. Assim, o país começou a implantar um sistema público de atenção à criança e ao adolescente, sob a proteção e tutela do Estado. Neste período estava inaugurado o “Direito do Menor”, conforme aponta LIBERATI (2003)¹⁵:

¹² A punição e a institucionalização estavam condicionadas às condições de classe. As intervenções eram realizadas junto aos homens, às mulheres, às crianças e aos adolescentes pobres e subalternizados.

¹³ FERNANDES, Vera Maria Mothé. *O Adolescente Infrator e a liberdade Assistida*: Um fenômeno sócio-jurídico. Rio de Janeiro: CBCISS, 1998, p.24.

¹⁴ NASCIMENTO, Flávia Alt. *A Eficácia da Medida Socioeducativa de Internação Aplicada aos Adolescentes em Conflito com a Lei*. 2005.17-22. Monografia (Graduação em Serviço Social) UNISUAM - Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro, RJ, 2005.

¹⁵ LIBERATI, Wilson Donizetti. *Adolescente e o Ato Infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.30-31.

Com o Código Mello Mattos, instituiu-se a ação social do Juízo de Menores, cujo significado foi esclarecido pelo Magistrado Alberto Cavalcante Gusmão (1941, p.81-82), como sendo a “ação preventiva e repressiva de proteção e de educação do processo de menores delinquentes”, propondo, em seguida, que as atribuições do juiz de menores fossem “amparando, assistindo, educando, instruindo, cuidando do corpo e do espírito dos menores abandonados e desvalidos”, alargando o juízo de menores, desde sua criação, a sua ação jurídico-social.

Neste código, estava prevista prisão especial para menores. No entanto, no começo do século, era comum a colocação de menores com os adultos em Casas de Detenção e Cadeias. Neste momento histórico, o atendimento a crianças e adolescentes em conflito com a lei passou a ser totalmente regulado pelas diretrizes do Código de Menores.

Segundo DUARTE (2017)¹⁶, um aspecto importante neste contexto foi a criação de Institutos Disciplinares, através das escolas de preservação para menores do sexo feminino. Essas unidades possuíam como objetivo “dar educação psicológica e moral, profissional e literária às menores com idade entre sete e dezoito anos”. A classificação e acomodação destas meninas ficavam organizadas de acordo com a entrada e o disciplinamento. As ações eram diferenciadas para as adolescentes, que tinham nas escolas um atendimento voltado para atividades domésticas, enquanto, para os internos do sexo masculino, era prevista a formação do homem provedor¹⁷.

Posteriormente, após a promulgação da Constituição de 1937¹⁸, o Governo Federal criou no âmbito do Ministério da Justiça e Negócios Interiores o SAM – Serviço de Assistência ao Menor – de acordo com o exposto no Decreto Lei nº 3.799/1941. O SAM¹⁹ foi criado para amparar, socialmente, os menores carentes, abandonados e infratores, com uma política centralizada na execução de um atendimento de caráter corretivo – repressivo – assistencial. Apesar da aparente organização, o SAM funcionava como um sistema penitenciário para menores de 18 anos. Sendo que, a execução de suas ações era diferenciada para os menores infratores.

¹⁶ DUARTE, Joana F. *Para Além dos Muros*. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p.77-78.

¹⁷ Decreto nº 17.943A de 12/10/1927, Código de Menores, artigos 202 e 204.

¹⁸ Momento em que inaugurou o Estado Novo na Ditadura Vargas. Segundo SARAIVA (2016, p.47), neste período de grande inquietação política, destacam-se três projetos para um Novo Código Penal Brasileiro, em substituição à Consolidação de Leis Penais de 1922, que apenas reformara o Código Penal de 1890. Registra-se que a Proposta de Alcântara Machado prevaleceu quando do advento do Código Penal de 1940, que determinava que “a imputabilidade penal era fixada aos 18 anos”.

¹⁹ Em seu artigo 2º, o citado Decreto-Lei consolidava a finalidade do SAM: “Sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares; Proceder à investigação social e ao exame médico – psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes; Abrigar os menores à disposição do juízo de menores do Distrito Federal; Recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até seu desligamento; Estudar as causas de abandono e da delinquência infantil, para orientação dos poderes públicos; Promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.”

Com o passar do tempo, o SAM foi sendo desmontado, principalmente por não responder às demandas e não contar com uma estrutura adequada para o contingente de adolescentes. Paralelamente, o cenário mundial indicava a existência de uma preocupação com os direitos humanos da população infanto-juvenil, havendo, assim, o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, com aprovação unânime da Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo o Brasil um dos seus signatários²⁰.

Em 1964, a Lei nº 4.513 de 01/12/1964 autorizou o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM)²¹, incorporando a esta o patrimônio e as atribuições do SAM e dando outras providências.

As diretrizes desta política nacional foram elencadas em regras e intencionaram abranger princípios de atos internacionais, fundamentalmente da Declaração Universal dos Direitos da Criança²². Esta declaração reconheceu que a criança necessitava de proteção e cuidados especiais. Portanto, seu bem estar resultaria do atendimento de necessidades essenciais nas áreas de educação, segurança social, saúde e recreação, visando o desenvolvimento da personalidade, a subsistência e a interação na vida comunitária.

Com uma visão tendendo mais para o lado assistencial do que para o repressivo, a política de atendimento implantada pela FUNABEM passou a tratar os menores a quem se atribuía a prática de ato infracional como um “carente”. Assim, a noção de periculosidade cedeu espaço para a noção de privação.

A partir desta visão, a FUNABEM executou ações no sentido de restituir à criança e ao adolescente tudo o que lhes havia sido sonogado no âmbito das relações sociais. Não obstante, o modelo de atendimento inaugurado pela FUNABEM não se distanciou totalmente do modelo do SAM, conforme destaca LIBERATI (2003)²³:

Após cinquenta anos de vigência do 1º Código de Menores do Brasil, a situação era a mesma: A conquista de direitos era apenas uma ilusão; o menor era, ainda, tratado como uma extensão de seus pais, não tendo direitos próprios e, por isto, estava sujeito a suportar medidas de cunho punitivo, mesmo que não tivesse praticado qualquer ato ilícito.

²⁰ Neste mesmo movimento de afirmação dos direitos, importante resgatar que outro conjunto de avanços ocorreu. Em 1962, após a Declaração de Direitos da Criança, a mulher brasileira casada alcança uma condição de dignidade em face do tratamento desfavorável que a legislação previa em situação subalternizada diante do marido. Portanto, com a Lei 4.121, de 27/08/1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, que a mulher passou a desfrutar de certos direitos em condição igualitária ao do homem. Esta lei foi considerada como a abolição da incapacidade feminina.

²¹ Como preceitua o seu “artigo 5º, a FUNABEM apresentava o objetivo de formular e implantar a Política Nacional do Bem Estar do Menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política”.

²² Princípio 1º – A criança gozará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente, sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

²³ LIBERATI, Wilson Donizetti. *Adolescente e o Ato Infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.73.

Vale registrar que na ocasião de sua implementação, a política da FUNABEM tinha intenções positivas: proteger o menor ou, de outra forma, assegurar-lhe a garantia de seus interesses. Entretanto, com uma política centralizada, o ideal da FUNABEM logo foi esquecido, por total falta de condição de ser colocado em prática. Seu próprio texto foi alterado, sendo colocado em consonância com o critério do discernimento adotado pelos Códigos de 1830 e 1890. Assim, ainda que as mudanças conjunturais – especialmente em âmbito internacional – tenham resultado na criação de um outro modelo de gestão da política, os traços históricos e culturais prevaleceram sobre a possibilidade de reconhecimento efetivo das demandas peculiares do público infante-juvenil em situação de violação de direitos.

Em 1969, por meio do Decreto Lei nº 1.004, foi proposto um Novo Código Penal Brasileiro, com a introdução de alteração no artigo 33: “O menor de 18 anos é inimputável salvo se, já tendo completado 16 anos, revela desenvolvimento psíquico suficiente para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento”. Tal retrocesso foi alvo de muitas críticas, já que no contexto social da época era predominante a ideia de que o “menor” deveria estar sob a proteção do Estado. Assim, em 1973, a Lei nº 6.016, de 31/12/1973 revogou o artigo nº 33 do Decreto Lei, que passou a ter a seguinte redação: “O menor de dezoito anos é inimputável”²⁴.

Em plena vigência das diretrizes da Política Nacional do Bem Estar do Menor, implantadas pela FUNABEM e, com as comemorações do Ano Internacional da Criança foi promulgada em 10/10/1979 a Lei nº 6. 697 – o Código de Menores – que não imputava responsabilidade penal de acordo com o discernimento do adolescente.

O novo Código implantou a “Doutrina da Situação Irregular”. Essa nova doutrina estabeleceu que os menores passariam a ser objeto da norma, quando se encontrassem em estado de “patologia jurídica social”, assim definida legalmente em seu artigo 2²⁵. Deste modo, fica claro que a declaração de situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infração por ele praticada ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da sociedade (abandono). Ou seja, o menor estaria em situação irregular, sem se distinguirem claramente as situações baseadas na conduta do adolescente ou daqueles que o cercavam²⁶.

²⁴ Cabe destacar que o Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, foi publicado em Diário Oficial da União (seção 1 – suplemento 21/10/1969, p.12) e retificado em 31/12/1973. Não obstante, o mesmo foi revogado sem jamais ter entrado em vigor.

²⁵ “Para os efeitos desse código, considera-se, em situação irregular, o menor: I – Privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis, para provê-las; II – Vítima de maus-tratos ou castigos imoderados, impostos pelos pais ou responsáveis; III – Em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – Autor de infração penal”.

²⁶ Artigo 14 apresentava seis medidas aplicáveis a todos os menores considerados em situação irregular, cabendo à autoridade judiciária adequá-las ao caso concreto. Eram elas: I – Advertência; II – Entrega aos pais ou responsáveis ou à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III – Colocação em lar substituto; IV – Imposição de regime de liberdade assistida; IV – Colocação em casas de semiliberdade; e VI – Internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Nesta fase histórica, àqueles que apresentavam desvio de conduta ou infração penal, com idade inferior a 18 anos e entre os 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei, estavam previstas como forma de atendimento e resposta às demandas as seguintes determinações: a imposição do regime em liberdade assistida; colocação em casas de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado. Portanto, neste contexto, no Código de 1979 estavam previstas para meninas e meninos que apresentavam este perfil de atendimento ações disciplinadoras e de cunho correccional.

2.2. Doutrina de Proteção Integral

A Doutrina de Proteção Integral apresentou-se como uma nova percepção da condição da infância e tornou-se símbolo do princípio de proteção de direitos. A mesma surgiu inspirada em tratados e convenções internacionais de proteção à infância²⁷ conforme alguns apontamentos elencados na tabela a seguir:

Tabela 1 – Tratados e Convenções Internacionais de Proteção de Direitos da Criança e do Adolescente

Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança	
<ul style="list-style-type: none">✓ Assegura os direitos humanos para menores de 18 anos;✓ Para o adolescente autor de ato infracional, sinaliza a diferenciação do atendimento, revogando qualquer semelhança ao sistema prisional, sendo garantido atendimento sem práticas punitivas ou penalizatórias;✓ Para os casos de privação de liberdade, afirma o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada.	Resolução 44/25 da Assembleia Geral, 20 de novembro de 1989.

²⁷ VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional – Reflexões acerca da responsabilidade penal*. São Paulo: Cortez, 6ª ed., 2014.

<p>Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil - Regras de Beijing</p>	<p>Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985. Essas Regras foram publicadas pela primeira vez, em Português, pela FUNABEM em 1988.</p>
<p>✓ Traz em seu teor a assistência jurídica e participação da família; ✓ Prevê aplicação das regras uniformes aos jovens infratores com imparcialidade, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza; ✓ Traz a privação de liberdade como última medida a ser aplicada, considerando a gravidade do delito; ✓ Estabelecimento de princípios e responsabilidade penal, considerando idade mínima para a responsabilização penal juvenil; ✓ Prevê os cuidados aos jovens institucionalizados quanto à proteção e assistência necessária social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram a sua idade, sexo e personalidade do desenvolvimento sadio; ✓ Para as jovens infratoras institucionalizadas, prevê atenção especial no que diz respeito às suas necessidades e problemas pessoais. Em nenhum caso receberá menos cuidado, proteção, assistência, tratamento e capacitação que o jovem do sexo masculino.</p>	
<p>Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade</p>	<p>Adotadas em Assembleia Geral das Nações Unidas, 14 de dezembro de 1990.</p>
<p>✓ Prevê a medida privativa de liberdade como última opção e por menor tempo possível. ✓ Prevê descentralização do atendimento; ✓ Prevê programas de atenção à saúde para uso indevido de drogas e reabilitação, adaptados à idade, sexo e outras características dos jovens interessados;</p>	
<p>Diretrizes das Nações Unidas para a Preservação da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad</p>	<p>Resolução 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1990.</p>
<p>✓ Versa sobre a prevenção e fortalecimento da socialização do jovem com sua família.</p>	

Com a finalidade de romper, definitivamente, com a Doutrina da Situação Irregular, a Doutrina de Proteção Integral foi consagrada no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que antecipou a Convenção e definiu que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição de 1988 caminhou, principalmente, no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, colocando exposto, também, no art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Isto cria uma série de procedimentos, rotinas e serviços especialmente voltados para as crianças e adolescentes em conflito com a lei, conforme bem coloca SARAIVA (2016)²⁸:

Princípios fundamentais que em nome de uma suposta ação protetiva do Estado eram esquecidos pela Doutrina da Situação Irregular, passam a ser integrantes da rotina do processo envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como princípio da reserva legal, do devido processo legal, do pleno e formal conhecimento da acusação, da igualdade na relação processual, da ampla defesa e do contraditório, da defesa técnica por advogado, da privação de liberdade como excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante etc.

Assim, com o fundamento jurídico pautado na Constituição Federal, bem como nos tratados internacionais acima mencionados, a Doutrina de Proteção Integral preconiza que o direito da criança não deve e não pode ser exclusivo de uma classificação de menor, denominado como carente, abandonado ou infrator, mas precisa estar direcionado a todas as crianças e adolescentes, sem distinção. Neste momento, desaparece o Juiz com poderes ilimitados e funções que extrapolam os limites jurisdicionais para dar lugar ao Juiz técnico, limitado pelas garantias processuais²⁹.

A Doutrina de Proteção Integral apresentou um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que permitiu compreender as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos. Segundo NASCIMENTO (2005)³⁰, esta reconhece crianças e adolescentes como cidadãos e pressupõe, sem distinção, que os mesmos desfrutam dos mesmos direitos e sujeitem-se a obrigações compatíveis com

²⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e Responsabilidade Penal: Da Indiferença à Proteção Integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.64.

²⁹ NASCIMENTO, Flávia Alt. *A Eficácia da Medida Socioeducativa de Internação Aplicada aos Adolescentes em Conflito com a Lei nº 2005*. p.22-29. Monografia (Graduação em Serviço Social) UNISUAM - Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro, RJ, 2005.

³⁰ *Idem*, p.22-29.

sua peculiar condição de desenvolvimento, rompendo, definitivamente com a ideia até então vigente, de que as ações estatais deveriam ser destinadas exclusivamente ao público infanto-juvenil das classes pobres. Para ROSA (2001)³¹:

A partir destas conquistas, faltava elaborar a lei ordinária que revogasse o Código de Menores e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Havia, neste momento, uma maturidade política das entidades não governamentais da área, que possibilitou a articulação do Fórum Nacional permanente de Entidades não governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Vários encontros, congressos, seminários e reuniões foram realizados em todo o país, cujas reflexões e sugestões foram consideradas na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 13/07/1990, através da Lei nº 8069.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor noventa dias após a sua publicação, revogou a Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964 (criação da FUNABEM com o objetivo básico de formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor) e a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar.

O novo modelo pressupõe que o sistema legal deveria garantir a satisfação de todas as necessidades das crianças e adolescentes, privilegiando, sobretudo, seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao lazer, ao esporte, à profissionalização e à liberdade. Não obstante, também identifica crianças e adolescentes como sujeitos de responsabilidades que devem ser exercidas, no entanto, sob o prisma de sua proteção integral e de sua condição peculiar de desenvolvimento.

Neste momento, houve o destaque das linhas de ação da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente³², com a criação dos Conselhos de Direitos (nacional, distrital, estaduais e municipais), dos fundos de arrecadação vinculados aos respectivos Conselhos e das entidades de atendimento. Como Conselho principal, temos o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)³³

³¹ ROSA, Elizabete Terezinha Silva. *Adolescente com Prática de Ato Infracional: a questão da imputabilidade penal*. Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, ano XXII, nº 67: p.196, 2001.

³² ECA, Artigo 87: São linhas de ação da política de atendimento: I – políticas sociais básicas; II – serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV – serviço de identificação e localização dos pais, responsável, criança e do adolescente desaparecidos; V – proteção jurídico-social por entidade de defesa de direitos da criança e do adolescente; VI – políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII – campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente, inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

³³ Criado pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, é um espaço público institucional de composição paritária entre o governo e sociedade civil, que tem por finalidade deliberar e controlar as ações concernentes à Política Nacional de Promoção, Atendimento e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

instância máxima de formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência. O CONANDA é o órgão responsável por tornar efetivos os direitos, princípios e diretrizes contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

SARAIVA (2016)³⁴, para melhor compreensão, coloca a estrutura do ECA a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si:

a) Sistema primário, que dá conta das Políticas Públicas à criança e adolescentes (...); b) o Sistema Secundário que trata das Medidas Protetivas dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de ato infracionais (embora também aplicável a estes, em caso de crianças, e de adolescentes supletivamente), de natureza preventiva (...) e, c) o Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei (...).

Quanto à responsabilização na autoria de atos infracionais, o ECA apresenta, para crianças com idade inferior a 12 anos, a previsão de aplicação das medidas protetivas asseguradas no artigo 101³⁵. E, para os adolescentes com idades compreendidas entre 12 e 18 anos, a autoridade competente poderá aplicar as medidas socioeducativas elencadas no artigo 112:

I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional e VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Diante do progresso na priorização do atendimento a crianças e adolescentes e, com a criação do Sistema de Garantia de Direitos (SGD), instituído pelas Resoluções nº 113 e nº 117 de 2006³⁶ do CONANDA, as políticas voltadas para o sistema socioeducativo e execução das medidas foram fomentadas, reafirmando a doutrina de proteção integral reunida à responsabilização penal do adolescente.

³⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: Da Indiferença à Proteção Integral*; uma abordagem sobre a responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.90-91.

³⁵ Art. 101 – Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.

³⁶ Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, após a aprovação da Resolução nº 119³⁷ de 2006, do CONANDA, em 18 de janeiro de 2012 foi criada a Lei Federal nº 12.594, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que, segundo SARAIVA (2016)³⁸, se organiza a partir de quatro eixos centrais: a) garantias jurídicas; b) programas de atendimento; c) política de atendimento e d) plano individual de atendimento – PIA. Portanto, juntamente com o ECA e com a Resolução nº 119 de 2006, a Lei do SINASE orienta a execução das medidas socioeducativas em âmbito nacional.

Desse modo, os avanços na garantia de direitos do atendimento socioeducativo são inegáveis. O Estatuto da Criança e do Adolescente rompe com a visão da Doutrina Irregular e reforça a função pedagógica do sistema socioeducativo sem descaracterizar a responsabilização juvenil acerca dos atos infracionais praticados. Posteriormente, surge o SINASE para reafirmar a importância dessas garantias na execução da medida socioeducativa e corroborar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros aspectos, a necessidade de privilegiar as medidas socioeducativas executadas em meio aberto, considerando a privação de liberdade como último caso.

Contudo, as normativas apontam previsões sobre a política de atendimento destinada aos adolescentes envolvidos com práticas infracionais de forma abrangente, sem esmiuçar as diferenças e especificidades das adolescentes em privação de liberdade. A Resolução nº 119/2006, traz a “garantia da equidade³⁹ no atendimento socioeducativo prestado aos adolescentes de ambos os sexos, principalmente no que se refere à qualidade e oferta de serviços e atividades⁴⁰”. O SINASE destaca no artigo 35 que a execução das medidas socioeducativa é regida pelos seguintes princípios:

I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II – excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição das medidas, favorecendo os meios de autocomposição de conflitos; III prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV – proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V – brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122, ECA; IV – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para realização dos objetivos da medida; VIII – não discriminação do adolescente, em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; IX – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

³⁷ Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá outras providências.

³⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e Responsabilidade Penal: Da Indiferença à Proteção Integral*; uma abordagem sobre a responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.151.

³⁹ A equidade prima por analisar justa e imparcialmente cada caso, para que não haja desigualdades e injustiças.

⁴⁰ Resolução nº 119/2006, SINASE, Eixo – Diversidade étnico-racial, gênero e orientação sexual, p.58.

Entretanto, discussões mais aprofundadas sobre as especificidades do atendimento e demandas das adolescentes não foram debatidas com amplitude na Lei nº 12.594/2012⁴¹.

Desse modo, na tabela abaixo, estão elencadas algumas regras previstas para o tratamento de mulheres encarceradas que, com base nos princípios que regem a execução das medidas socioeducativas, abarcam as particularidades no atendimento destinadas para as adolescentes que estão em privação de liberdade⁴².

Tabela 2 – Regras Previstas para as Adolescentes em Privação de Liberdade nos Tratados Internacionais

Regras de Bangkok	
<p style="text-align: center;">Regra 36</p> <p>Autoridades prisionais deverão colocar em prática medidas para atender às necessidades de proteção das adolescentes privadas de liberdade.</p> <p style="text-align: center;">Regra 37</p> <p>As adolescentes privadas de liberdade deverão ter acesso à educação e à orientação vocacional equivalente ao disponível aos adolescentes internados.</p> <p style="text-align: center;">Regra 38</p> <p>As adolescentes em conflito com a lei internadas deverão ter acesso a programas e serviços correspondentes à sua idade e gênero, como aconselhamento sobre abuso ou violência sexual. Elas deverão receber educação sobre atenção à saúde da mulher e ter acesso regular a ginecologistas, de modo similar às presas adultas.</p> <p style="text-align: center;">Regra 39</p> <p>As adolescentes gestantes deverão receber suporte e cuidados médicos equivalentes ao fornecido às presas adultas. Sua saúde deverá ser monitorada por médico especializado, tendo em conta que devido à sua idade pode haver maiores riscos de complicações durante a gestação.</p> <p style="text-align: center;">Regra 64</p> <p>Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as.</p> <p style="text-align: center;">Regra 65</p> <p>A institucionalização de adolescentes em conflito com a lei deverá ser evitada tanto quanto possível. A vulnerabilidade de gênero das adolescentes do sexo feminino será tomada em consideração nas decisões.</p>	<p>Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Resolução 2010/16 da Assembleia Geral, 22 de julho de 2010 Publicada na versão em Português em 08 de março de 2016.)</p>

⁴¹ O presente artigo não tratará do conceito e discussão sobre a temática: “Gênero”. O artigo abordará a especificidade do atendimento direcionado para o sexo feminino. Contudo, para as ciências sociais, o conceito de gênero se refere à “construção social do sexo anatômico. (...) gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos”.

⁴² Relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, essas regras propõem um olhar diferenciado para as especificidades no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. O relatório traz, ainda, apontamentos específicos para as adolescentes em privação de liberdade, com referências nas regras internacionais destinadas para crianças e adolescentes citadas na tabela 1. Entretanto, enfatiza a necessidade de construção de políticas e estratégias distintas para as meninas, em virtude de se tratar de um público para o qual a privação de liberdade deve ser o último recurso.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sendo flagrante, ainda, a necessidade de fomento à incorporação efetiva, pelo Brasil, das normas internacionais de direitos humanos⁴³.

É importante ressaltar que as Regras de Bangkok, apesar de a sua essência estar voltada para o encarceramento feminino destinado ao público adulto, itens específicos foram classificados para as adolescentes em privação de liberdade, podendo, ainda, ter atendimento baseado em regras destinadas para o público adulto, quando associado ao princípio da “Legalidade” previsto no artigo 35 da Lei nº 12.594/2012.

3. Dados Nacionais: Constatando que Elas Existem

O levantamento anual SINASE 2014⁴⁴ traz a sistematização das informações sobre o atendimento efetuado em medidas restritivas e privativas de liberdade, em todos os estados da federação. De acordo com os dados fornecidos, em 2014, foi informada a existência de 476 unidades de restrição e privação de liberdade no país, considerando-se as modalidades de atendimento de internação, internação provisória, semiliberdade e atendimento inicial. Nacionalmente, a distribuição de unidades está concentrada na Região Sudeste, com 222 unidades (47%), seguida pela Região Nordeste com 93 (20%), Região Sul com 69 (14%), Região Norte com 54 (11%) e Região Centro-Oeste com 38 (8%).

Quanto à demanda de atendimento, destaca-se que a série histórica apresenta dados dos anos 2010 a 2014 que indicam o aumento constante e regular, desde 2010, de 66% na aplicação da medida socioeducativa de internação. Ressalta-se, ainda, o significativo número de adolescentes em internação provisória, que representavam 22% do total de adolescentes em atendimento no ano de 2014.

Quanto à oferta de atendimento com base na distribuição das unidades de atendimento, por sexo, observa-se maior preponderância de unidades voltadas para

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, CNJ, 2016, p.10.

⁴⁴ Levantamento realizado pela Coordenação Geral do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, vinculada à Secretaria Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA). Tal documento foi publicado em 2017.

atendimento exclusivo de adolescentes do sexo masculino, totalizando 376 (83%). Quanto à concentração, verifica-se que os estados que reúnem o maior número de unidades masculinas na composição do Sistema Socioeducativo são: Espírito Santo; Minas Gerais; Rio Grande do Sul; Santa Catarina e São Paulo. Por outro lado, as Unidades da Federação com a maior concentração de unidades femininas são: Amapá; Amazonas; Mato Grosso do Sul e Sergipe. Verifica-se, ainda, que algumas Unidades da Federação não apresentam nenhuma unidade feminina, sendo que o atendimento socioeducativo é realizado por meio de unidades mistas. Os estados com esta característica são: Goiás; Rondônia; Roraima e Tocantins.

Quanto à distribuição de adolescentes no Sistema Socioeducativo com relação ao sexo, destacou-se alteração na proporção entre adolescentes do sexo masculino e do sexo feminino em relação ao ano de 2013. No ano de 2013, foi registrado um total de 23.066 adolescentes inseridos no atendimento socioeducativo restritivo e/ou privativo de liberdade – representando 4% para o sexo feminino e 96% para o sexo masculino. No ano seguinte, para as mesmas circunstâncias de atendimento, registrou-se o total de 24.628 adolescentes – representando 5% para o sexo feminino e 95% para o sexo masculino.

Quanto ao atendimento realizado aos adolescentes do sexo masculino, no ano de 2013 constavam 22.081 meninos, enquanto que no ano de 2014 houve aumento de 6% nessa ocorrência, totalizando 23.447 de meninos em medidas restritivas e/ou privativas de liberdade.

No que tange ao atendimento direcionado para as adolescentes do sexo feminino, verificou-se que no ano de 2013 constavam 985 meninas, enquanto que no ano de 2014 houve aumento de 20% nesta ocorrência, totalizando 1.181 meninas em restrição e/ou privação de liberdade.

Por apresentar, ao longo dos anos⁴⁵, percentual de atendimento muito inferior aos adolescentes do sexo masculino, as questões específicas voltadas para o atendimento de meninas sempre foram parcamente tratadas. Ao analisar os índices de atendimento e percentual de crescimento, identificou-se que o aumento proporcional de inserção de meninas foi superior aos registrados para o sexo masculino e, no entanto, ainda não causa eco nas discussões sobre a temática. Representar 5% do total de adolescentes em restrição e/ou privação de liberdade mantém a invisibilidade histórica quanto à aplicabilidade das medidas para as meninas.

Outro aspecto que causa invisibilidade quanto à participação feminina, é a classificação de privação e restrição de liberdade por ato infracional. O Levantamento Anual SINASE não traz dados referentes aos atos infracionais praticados, especificamente, por meninas. Os dados nacionais apontam de forma geral e abrangente todos os índices de delitos, mencionando apenas que foi atribuída às meninas a participação em 5% dos atos infracionais praticados.

⁴⁵ De acordo com o mesmo levantamento efetuado nos anos de 2010 e 2011, a inserção de meninas não foi superior a 5%, do total de adolescentes em atendimento em medidas privativas de liberdade.

Paralelamente ao levantamento nacional, o Conselho Nacional de Justiça publicou, no ano de 2015, uma pesquisa sobre as medidas socioeducativas de internação e as adolescentes do sexo feminino. A pesquisa abarcou as cinco regiões do país e foi realizada em cinco estados da federação⁴⁶. Para fins de análise no presente artigo, optou-se em eleger e agrupar seis eixos específicos tratados pela pesquisa na avaliação do atendimento em privação de liberdade. A partir de tais eixos foi possível destacar os seguintes aspectos:

Tabela 3 – Dados Nacionais – CNJ⁴⁷

✓ Perfil de Atendimento	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Identificação de adolescentes pobres, majoritariamente negras e moradoras de bairros periféricos (das grandes e pequenas cidades). ✓ Média de faixa etária: entre 15 e 17 anos.
✓ Atos Infracionais	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Geralmente os mais identificados: homicídio, roubo e envolvimento com drogas.
✓ Atendimento e Recursos Materiais.	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Unânime em todas as regiões de práticas de maus tratos, perpetrados principalmente nas sanções disciplinares de isolamento. ✓ Proibição de uso de espelho em 75% das regiões, com argumento da manutenção de segurança para as adolescentes. ✓ Uso de uniformes e roupas praticamente com numeração única. ✓ O perfil de atendimento causa entraves por parte das equipes no processo de acompanhamento durante a MSE.
✓ Participação da Família no Processo Socioeducativo	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Alto índice de ausência de visitas por parte dos familiares, em virtude das unidades estarem localizadas em territórios distantes da área de abrangência de moradia.
✓ Plano Individualizado de Atendimento e Atividades desenvolvidas no Processo Socioeducativo	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Desconhecimento das adolescentes sobre o processo de elaboração do PIA; ✓ Carência de informação e padronização. ✓ Quase todas voltadas ao padrão tradicional de “atividades femininas” e iminentemente mercadológicas que apenas pensam na juventude como mão de obra, não apostando nas capacidades criativas, no protagonismo juvenil, questões próprias e essenciais da fase peculiar de desenvolvimento.
✓ Estruturas Físicas das Unidades de Atendimento	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Identificação de unidades de atendimento com entraves relacionados à habitabilidade, salubridade e segurança. ✓ Identificação de espaços assemelhados aos destinados para atendimento no sistema prisional.

⁴⁶ A pesquisa foi realizada nas cinco regiões, sendo representada da seguinte forma: Região Norte – Estado do Pará; Região Nordeste – Estado de Pernambuco; Região Centro Oeste – Estado de Brasília; Região Sudeste – Estado de São Paulo e Região Sul – Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa: Dos espaços aos direitos – A realidade da socialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília, CNJ, 2015, p.208-211.

A pesquisa apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça concedeu elementos acerca da execução do atendimento socioeducativo nacional em privação de liberdade às adolescentes. Entraves significativos sobre ausência de parâmetros para o funcionamento uniforme refletem nas violações de direitos vivenciadas no cotidiano destas adolescentes. De acordo com a pesquisa, as ações desempenhadas se contrapõem às elencadas pelo SINASE e nas Diretrizes e Eixos Operativos do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Dos eixos eleitos na tabela 3, quanto aos Planos Individualizados de Atendimento, a pesquisa aponta para a carência de informações e padronização do planejamento a ser construído com as adolescentes. Outro aspecto identificado trata da localização das unidades, geralmente em territórios distantes das origens das adolescentes, acarretando na centralização do atendimento. Tal entrave aponta para ausência de participação efetiva da família no processo socioeducativo, sendo apresentado pela pesquisa, alto índice de adolescentes sem visitas dos familiares.

Outro aspecto relevante é a identificação de variadas violações de direitos, na execução da medida socioeducativa de internação, em todos os estados que participaram da pesquisa. Foram identificadas questões relacionadas à inadequação das estruturas físicas, problemas referentes à escolarização, ao disciplinamento interno da unidade, higiene, saúde e maternidade, as quais não correspondem às exigências mínimas de proteção integral. Por fim, a pesquisa apontou, ainda, para os obstáculos no quadro funcional, desde os agentes socioeducativos até profissionais da equipe técnica, que não recebem preparação e/ou suporte estatal necessário para lidar com as adolescentes.

Salienta-se que os entraves identificados nos estados pesquisados não estão distantes da realidade da execução de medida privativa de liberdade aplicada para as meninas no Estado do Rio de Janeiro.

4. Cenário do Atendimento Destinado às Adolescentes em Privação de Liberdade Executado no Estado do Rio de Janeiro: Elas Existem!

O trabalho desenvolvido pela equipe de Serviço Social do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude (CAOPJJI) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem se aprimorando ao longo dos vinte anos de existência. Ao longo dos anos, a atuação profissional, através do assessoramento técnico às Promotorias de Infância e Juventude vem se dedicando “a implementar práticas profissionais que contribuam para reafirmar e consolidar os direitos de crianças e adolescentes, através de ações de avaliação de políticas voltadas para este público, com consequente sugestão para melhoria”⁴⁸. Tal ação está voltada em instrumentalizar e subsidiar, através de atividades profissionais realizadas, para: análises de processos, realização de vistorias técnicas, participação em reuniões, realização de estudos, pesquisas e levantamento e produção de material técnico, a atuação dos Promotores de Justiça na fiscalização das políticas públicas.

⁴⁸ SILVA, Anália; SILVA, Márcia N.; SANTOS, Saulo. *A Violência contra Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas de Semiliberdade e Internação*. Rio de Janeiro. 2006.

Quanto à atuação da equipe de Serviço Social nos procedimentos voltados para área infracional, salienta-se que, desde o ano de 2003, as Promotorias de Justiça da Infância e Juventude vêm solicitando vistorias sistemáticas nas unidades que executam o programa de atendimento em semiliberdade e internação no Estado do Rio de Janeiro, o que possibilitou a visualização e identificação dos principais obstáculos na execução da política de atendimento em âmbito estadual.

Diante dos entraves identificados, a equipe de Serviço Social produziu no ano de 2004, *Síntese Avaliativa das Visitas com Fins de Inspeção Realizadas nas Unidades do Departamento Geral de Ações Socioeducativas do Rio de Janeiro - DEGASE/RJ*, que embasou o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC/2006⁴⁹. Posteriormente ao TAC/2006, a equipe técnica permaneceu em processo de assessoramento técnico aos Promotores de Justiça com atribuição em matéria infracional, com a permanência de produções técnicas, acompanhamento e monitoramento sistemático das unidades de atendimento em restrição e privação de liberdade.

Importa salientar que, a partir do ano de 2011, com a aprovação das Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 67/2011, nº 97/2013 e com a última atualização na Resolução nº 137/2016⁵⁰, as vistorias técnicas vêm sendo realizadas bimestralmente nas unidades de atendimento socioeducativo de restrição e privação de liberdades, para ambos os sexos, em funcionamento na capital fluminense. Esta periodicidade favorece o desenvolvimento, estratégias metodológicas, atualização dos dados referentes à qualidade dos serviços e das políticas executadas.

No Estado do Rio de Janeiro, a execução das medidas socioeducativas restritivas e privativas encontra-se sob a gestão do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE)⁵¹. Sua criação foi originária da interlocução do Governo Estadual com o Centro Brasileiro para Infância e Adolescência – CBIA – (órgão do Governo Federal no período de 1991 a 1994) em consonância com as diretrizes político-governamentais de promoção, defesa e garantia de direitos de proteção legal⁵².

Para atendimento em privação de liberdade, o Estado do Rio de Janeiro conta com a oferta de oito unidades, sendo 12% destinadas para atendimento do sexo feminino e 88% destinadas para atendimento do sexo masculino⁵³. De acordo com os

⁴⁹ O TAC foi firmado no ano de 2006, entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Governo do estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de promover a reestruturação do atendimento prestado aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas pelo órgão gestor.

⁵⁰ Atribui periodicidade obrigatória no processo de fiscalização nacional, pelos membros do Ministério Público, nas unidades de cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade.

⁵¹ Órgão vinculado à Secretaria de Estado e Educação (SEEDUC), criado pelo Decreto nº 18.493, de 26/01/93. O Departamento Geral de Ações Socioeducativas é um órgão do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, responsável pela execução das medidas socioeducativas, preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aplicadas pelo Poder Judiciário aos jovens em conflito com a lei.

⁵² RIO DE JANEIRO. Departamento Geral de Ações Socioeducativas. Instituição: Disponível em: http://www.degase.rj.gov.br/quem_somos.asp

⁵³ Atendimento em Privação de Liberdade - Sexo Masculino: Centro de Socioeducação (CENSE) Gelso Carvalho do Amaral - GCA (Recepção, Acatelamento e Internação Provisória) - Capital Fluminense; CENSE Dom Bosco (Internação provisória) - Capital Fluminense; Escola João Luis Alves - EJLA (Internação) - Capital Fluminense; Educandário Santo Expedito - ESE (Internação) - Capital Fluminense; Centro de Atendimento Intensivo Belford Roxo - CAI-Baixada (internação) - Belford Roxo; CENSE Irmã Asunción de La Gândara

dados disponibilizados pela Coordenação de Execução de Medidas Socioeducativas (CEMSE) DEGASE⁵⁴, as meninas representavam 3% do total de adolescentes privados de liberdade, enquanto os meninos representavam 97% do público total em privação de liberdade no Estado do Rio de Janeiro.

Salienta-se, que a porcentagem de unidades informada (12%) para atendimento feminino em privação de liberdade é constituída apenas pelo Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (CENSE PACGC), que é a única unidade destinada ao atendimento socioeducativo de acautelamento sem determinação judicial, internação provisória e internação para as meninas a quem se atribui a autoria de ato infracional no Estado do Rio de Janeiro.

Desse modo, para fins de análise do presente artigo, serão apresentados dados quantitativos e qualitativos do atendimento efetuado às adolescentes em privação de liberdade atendidas na unidade supraindicada, no período compreendido entre março de 2016 e março de 2017.

Para melhor compreensão acerca dos dados estaduais, estes foram classificados de acordo com os eixos de análise eleitos e agrupados na tabela 3 – Dados Nacionais do Conselho Nacional de Justiça, que serão expostos através de subitens: Perfil de Atendimento; Atos Infracionais; Atendimento e Recursos Materiais; Participação da Família no Processo Socioeducativo; Plano Individualizado de Atendimento e Atividades Desenvolvidas no Processo Socioeducativo; e Estrutura Física da Unidade de Atendimento.

Contudo, a análise e a exposição de dados do Estado do Rio de Janeiro serão iniciadas por um item que não foi apresentado na pesquisa do Conselho Nacional de Justiça. Este se refere ao atendimento inicial e processo de acautelamento realizado com as meninas a quem se atribui a autoria de ato infracional e será apresentado neste artigo em função de sua relevância no contexto do atendimento socioeducativo prestado às adolescentes fluminenses.

4.1. Atendimento Inicial e Processo de Acautelamento: o Início da Violação de Direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 88, inciso V, apresenta como uma das diretrizes da política de atendimento a:

integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

Ustara - IALGU (Internação Provisória e Internação) - Volta Redonda; CENSE Professora Marlene Henrique Alves - PMHA (Internação Provisória e Internação) - Campos dos Goytacazes.

⁵⁴ Planilha de capacidade de vagas e quantitativo de atendimento nas unidades privativas de liberdade referente ao mês de fevereiro de 2017.

Quanto a este aspecto, ressalta-se que a Lei nº 12.594/2012, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, recomenda a implantação de programa de atendimento inicial aos adolescentes aos quais se atribui autoria de ato infracional, visando dar agilidade e garantir os princípios de excepcionalidade e brevidade no atendimento, de modo a impedir que adolescentes fiquem privados de liberdade quando a lei não o exigir.

Artigo 4º – inciso VII – garantir do pleno funcionamento do plantão interinstitucional, nos termos previstos no inciso v, artigo, 88, ECA.

Artigo 5º – inciso VI – cofinanciar, conjuntamente com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido para apuração de ato infracional, bem como aqueles destinados a quem foi aplicada medida socioeducativa.

Quanto ao suporte e estrutura para desempenho efetivo desta política de atendimento, o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo (2014-2023) apresenta como prioridade a implantação do Atendimento Inicial Integrado, através do Núcleo de Atendimento Integrado (NAI)⁵⁵ como consolidação da política pública, visando a favorecer a melhoria e a efetividade do atendimento socioeducativo em tempo célere.

O atendimento inicial do adolescente ao qual se atribui autoria de ato infracional, realizado de forma integrada e articulada, é a porta de entrada e ao mesmo tempo o cerne que pode movimentar e mobilizar todo o funcionamento do sistema de atendimento socioeducativo. O desenvolvimento desta política pública requer parâmetros de gestão, procedimento e fluxos de atendimento específicos, não havendo ainda muitas experiências consolidadas e relevantes de implantação deste programa⁵⁶.

Neste contexto, salienta-se que o Estado do Rio de Janeiro, diferente dos demais estados da Região Sudeste, ainda não apresenta a implantação de nenhum NAI nas Comarcas da Vara de Infância e Juventude, apesar de também ser meta prevista no Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro (2015-2024), no Eixo Operativo 2 – Qualificação do Atendimento Socioeducativo⁵⁷.

Quanto a este aspecto, importa salientar que, em 01 de junho de 2016, foi inaugurado o Núcleo de Audiências e Apresentação (NAAP), fruto de parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), o Ministério Público (MPRJ), a Defensoria Pública (DPERJ), a Polícia Civil (PCRJ) e a Prefeitura do Rio de Janeiro. A

⁵⁵ O Atendimento integrado também apresenta as seguintes nomenclaturas: CIA – Centro Integrado de Atendimento e NAM – Núcleo de Atendimento Multidisciplinar. LIMA, Agnaldo Soares. *Guias para implantação do atendimento inicial ao adolescente a quem se atribui autoria de ato infracional*. Brasília: Ed. Dom Bosco, 2013.

⁵⁶ *Idem* p.12.

⁵⁷ 5. Qualificação do Atendimento Socioeducativo: Na Infraestrutura – 5.2. Implementar em todas as Comarcas da Vara de Infância e juventude e, gradativamente, em todos os municípios, os Núcleos de Atendimento Integrado (NAI) ao adolescente a que se atribua ato infracional condicionado à prévia existência de efetivo funcionamento de centros Integrados de atendimento de Adolescentes em Conflito com a Lei (Art. 88, inc. V do ECA), inclusive em plantões noturnos e fora dos horários forenses.

pactuação do atendimento foi firmada através do Termo de Cooperação Técnica para a Reestruturação das Audiências de Apresentação dos Adolescentes em Conflito com a Lei e do Ato Infracional de Instituição do Núcleo de Audiência de Apresentação da Comarca da Capital.

Segundo NASCIMENTO (2017)⁵⁸, com a criação do NAAP, a intenção é de que os adolescentes envolvidos em práticas infracionais apreendidos no município do Rio de Janeiro sejam apresentados pela Delegacia de Proteção à Criança e Adolescente (DPCA) no mesmo dia da apreensão. A iniciativa visa a evitar que os adolescentes que não foram ouvidos pelo MPRJ e pelo juiz da Vara da Infância e Juventude sejam encaminhados para o sistema socioeducativo estadual. Contudo, não há funcionamento deste núcleo em período diverso do horário forense.

Desse modo, as apreensões de adolescentes realizadas pela autoridade policial em horário noturno e finais de semana serão encaminhadas para estrutura física de privação de liberdade sob a gestão do DEGASE, com o compromisso dos agentes socioeducativos efetuarem a apresentação dos adolescentes à autoridade judiciária no primeiro dia útil subsequente. Quanto a este aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê:

Artigo 175 §1º que, sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Após a criação do NAAP, foi pactuada entre os órgãos envolvidos a disponibilização de estrutura diferenciada para atendimento e recebimento dos adolescentes, do sexo masculino, em local diverso das unidades de atendimento em privação de liberdade. Tal organização tem por finalidade manter os adolescentes que ainda estão em apuração do ato infracional em local distinto daqueles que estão em privação de liberdade por determinação judicial e/ou por sentença de medida socioeducativa de internação.

Quanto às apreensões realizadas com as meninas, o fluxo de atendimento adotado em horário incompatível ao do funcionamento forense é a inserção na única unidade de internação feminina localizada na capital fluminense.

A estrutura organizada para o recebimento de adolescentes, em local diverso das unidades socioeducativas de privação de liberdade, não contemplou espaço nos mesmos moldes para o acolhimento de meninas que apresentem as mesmas circunstâncias e demandas de atendimento. Portanto, não foi pensado para as meninas atendimento diferenciado nos casos de apuração de autoria de ato infracional.

Desse modo, as meninas são inseridas em unidades de privação de liberdade, sem haver classificação de espaço de atendimento diferenciado daqueles destinados para medida socioeducativa de internação e internação provisória por determinação

⁵⁸ Relatório técnico de vistoria realizado no ANEXO-CENSE GCA por solicitação da 2ª Promotora de Justiça de Infância e Juventude Infracional da Capital, em março de 2017, p.6.

judicial. A falta de oferta de atendimento para as meninas pelo NAAP denota o tratamento desigual aos adolescentes a quem se atribui a autoria do ato infracional já no início do fluxo de atendimento socioeducativo.

Importante salientar que todas as adolescentes do Estado do Rio de Janeiro são encaminhadas, ainda que inicialmente, para o CENSE PACGC, sem que sejam fornecidos os dados de atendimento, fluxo e registro de ocorrências realizadas nas delegacias policiais. Assim, as meninas estão mais suscetíveis às violações de direitos, tendo em vista que não estão sendo pensadas ações equânimes no fluxo de atendimento inicial realizado para elas proporcionalmente ao desempenhado para os adolescentes do sexo masculino.

No primeiro mês do corte temporal eleito para levantamento dos dados – março de 2016 –, 12% das meninas estavam em privação de liberdade há mais de 24 horas, sem determinação judicial para internação provisória, o que pode resultar na permanência indevida em unidade que execute programa de atendimento de internação.

Outro aspecto de fundamental relevância é a carência de fluxo e sistematização de informações sobre a permanência de meninas em unidades policiais. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente prever a permanência de adolescentes em repartições policiais na ausência de entidade de atendimento, bem como em unidade especializada, observa-se que:

Artigo 185 – A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional. §2º sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de 5 (cinco) dias, sob pena de responsabilidade.

A unidade feminina apresenta relatos de recepção de meninas que permanecem em repartições policiais em períodos muito acima de 24 horas após o momento de apreensão, principalmente quando estão com determinação judicial de internação provisória e são apreendidas em locais distantes da capital fluminense⁵⁹. As violações de direitos, nestas circunstâncias, são imensuráveis, tendo em vista que a falta de sistematização de fluxos e articulação entre as unidades policiais e a unidade de destino para atendimento pode camuflar as violências que possam ser praticadas contra as adolescentes.

Portanto, a falta de organização equânime no fluxo de atendimento entre meninos e meninas e a inobservância do poder público do que preceitua no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de 12.594 acerca da oferta de atendimento inicial integrado causam impactos na fase inicial de apreensão e apuração do ato infracional da adolescente, que vão tangenciar o processo de acolhida, o tempo de permanência em privação de liberdade, o acompanhamento e a aplicação, ou não, de uma medida socioeducativa.

⁵⁹ Local que ocorre a centralização do atendimento feminino em privação de liberdade no Estado do Rio de Janeiro.

Apresentam-se a seguir os eixos eleitos de análise do cenário de atendimento feminino em privação de liberdade realizado no estado do Rio de Janeiro, em conformidade com os eixos trabalhados na tabela 3 – Dados Nacionais: Conselho Nacional de Justiça.

4.2. Perfil de Atendimento em Privação de Liberdade

O Estado do Rio de Janeiro não possui sistema informatizado conforme previsto na Resolução nº 109/2006, CONANDA – Eixo 9 – Monitoramento e Avaliação⁶⁰.

9.3.1 - Monitoramento e avaliação do fluxo de atendimento socioeducativo: (...) A implementação do SIPIA II/INFOINFRA obedecerá ao fluxo de atendimento previsto pelo ECA, podendo contar com a coleta e registro de dados pelas Delegacias Especializadas, Ministério Público e, principalmente, com as Varas da Infância e da Juventude e programas de atendimento socioeducativo. Esta é uma ferramenta permanente para subsidiar ações, políticas e programas na área de adolescentes em conflito com a lei, no âmbito do Poder Judiciário, órgãos governamentais e não governamentais e autoridades competentes.

Ainda sobre a integração de banco de dados nacional, a Lei nº 12.594, SINASE, prevê “instituir e manter o Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo, seu funcionamento, entidades, programas, incluindo dados relativos a financiamento e população atendida” (capítulo II – Das Competências, artigo 3º, §IV), bem como entre as competências dos estados “cadastrar-se no Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo e fornecer regularmente os dados necessários ao povoamento e à atualização do Sistema” (artigo 4º, IX). O Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro (2015-2024), no Eixo Operativo 1 – Gestão do SINASE –, prevê como responsabilidade do Poder Executivo Estadual a implantação do Sistema Estadual de Avaliação e Acompanhamento do Sistema Socioeducativo em longo prazo⁶¹.

No Estado do Rio de Janeiro, há uma parceria entre o Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro (DETRAN/RJ) e o DEGASE na implantação do Sistema de Identificação e Informação do Adolescente (SIAD)⁶². Contudo, apesar de estar em funcionamento há quase dez anos, o SIAD ainda é uma experiência em

⁶⁰ BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Resolução nº 119 de 11 de dezembro de 2006. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006, p.79.

⁶¹ 4.1 – Implantação do SIPIA-SINASE, no âmbito estadual, e sua integração com os sistemas de informação das demais políticas setoriais, p.57.

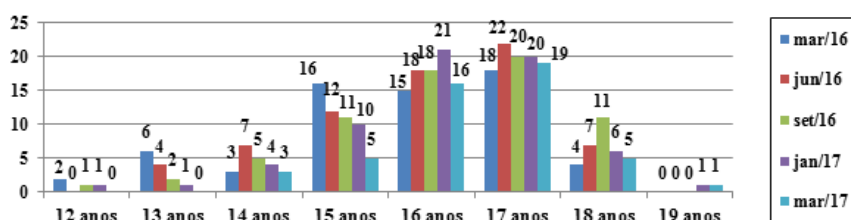
⁶² O DEGASE em dezembro de 2007, através da Portaria nº 32 de 26 de dezembro de 2007, determinou que todo adolescente ao ingressar no departamento fosse cadastrado e identificado no Sistema de Identificação e Informação de Adolescentes – SIAD – com objetivo de identificar, integrar e sistematizar todas as informações cadastrais, biopsicossociais e educacionais dos adolescentes submetidos às medidas socioeducativas, possibilitando o exercício da cidadania a partir da concessão do registro e da identificação civil. http://www.degase.rj.gov.br/siad_historico.asp; Consulta em 02 de julho de 2017.

desenvolvimento, tendo em vista que se encontra em processo de atualização e ampliação para acesso dos servidores inseridos no sistema socioeducativo estadual.

Portanto, diante da inexistência de um banco de dados oficial para a identificação do perfil das adolescentes inseridas na unidade de privação de liberdade do Estado do Rio de Janeiro, foram utilizados os dados extraídos das listagens internas disponibilizadas pelo CENSE PACGC nas realizações das vistorias técnicas entre os meses de março de 2016 e março de 2017, sendo de total responsabilidade institucional as informações correspondentes à identificação e classificação das adolescentes.

Em relação à faixa etária, observou-se que a demanda de atendimento em internação provisória e medida socioeducativa de internação está compreendida entre 12 e 19 anos de idade, com os maiores índices registrados em privação de liberdade nos atendimentos efetuados para as adolescentes entre 15 e 17 anos.

Gráfico 1 – Faixa Etária



No que tange às informações correspondentes à cor/raça/etnia, ainda que se perceba durante as vistorias técnicas a predominância de meninas negras, no corte temporal elencado, a unidade não disponibilizou dados sistematizados com essas informações, o que corrobora com as análises acerca da relação entre o perfil das adolescentes a quem se atribui prática de ato infracional e as questões étnicas raciais⁶³.

Quanto às informações relacionadas à renda e benefícios socioassistenciais, também se observou ausência de dados nesse sentido. Os poucos registros identificados nas planilhas fornecidas pela CEMSE correspondem às informações de inserção familiar em empregos com vínculos formais e informais, com registro de renda entre um e dois salários mínimos⁶⁴. Quanto à inserção em programas sociais, os dados concedidos trazem poucos elementos, somente 25% de familiares das adolescentes estão inseridos no Programa Bolsa Família⁶⁵.

⁶³ SILVA, Jane Santos da; SILVA, Márcia Nogueira da. Adolescentes em Conflito com a Lei no Brasil: Direitos (Des) Humanos? p.129-144. In: FREIRE, Silene de Moraes (Org.). *Direitos Humanos e questão social na América Latina*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

⁶⁴ Controle estatístico de atendimento realizado no CENSE PACGC, nº 283 e nº 285, referente ao mês de março de 2017.

⁶⁵ Programa de transferência de renda do governo federal, condicionada ao acompanhamento nas áreas de saúde (controle de vacinação) e educação (frequência escolar).

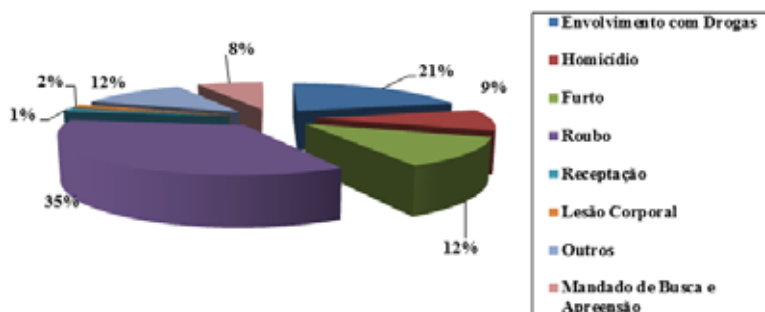
Quanto à maternidade, não se identificaram adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação acompanhada de seus filhos. Contudo, o registro de entradas de adolescentes mães e/ou em períodos gestacionais é recorrente. Em todos os meses analisados constavam adolescentes mães e/ou ainda gestantes em privação de liberdade. Das que já possuem filhos, em geral, a responsabilidade durante o período de cumprimento da medida socioeducativa é direcionada para a família extensa materna. Não são frequentes os encontros entre as adolescentes e seus filhos, apesar de não ser informada pela unidade de atendimento a proibição de visitação desta natureza.

Quanto à escolarização, no interior da unidade de internação funciona o Colégio Estadual Luíza Mahin, que atende de forma regular e continuada as adolescentes em privação de liberdade. A inserção é classificada na série escolar que já estejam cursando ou na série determinada após avaliação educacional, caso não tenham documentação escolar. No caso das adolescentes em internação provisória, inicialmente a inserção é efetuada em turmas multisseriadas. De acordo com os dados coletados, 80% das adolescentes demandam matrícula e permanência escolar no ensino fundamental, enquanto 20% são classificadas para inserção em turmas do ensino médio⁶⁶.

4.3. Atos Infracionais

No que tange ao motivo que determinou a privação de liberdade das adolescentes inseridas no CENSE PACGC, destaca-se que os maiores índices registrados correspondem às ocorrências relacionadas a “apreensões pelos atos infracionais de roubo, tráfico e furto”⁶⁷.

Gráfico 2 – Ato Infracional⁶⁸



⁶⁶ Controle estatístico de atendimento realizado no CENSE PACGC, nº 283 e nº 285 referente ao mês de março de 2017.

⁶⁷ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da 2ª Promotoria de Justiça de Execução de Medidas Socioeducativas da Capital, em janeiro de 2017, p.4.

⁶⁸ Controle estatístico de atendimento realizado no CENSE PACGC, nº 283 e nº 285, referente ao mês de março de 2017. Para apresentação dos dados correspondentes aos atos infracionais praticados, não foram consideradas as adolescentes que retornaram para a privação de liberdade por *internação sanção*, que geralmente é aplicada por *descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta*. O prazo da *internação sanção* não será superior a 3 (três) meses. (ECA, artigo 122, §1º).

Durante o processo de vistorias, realizadas ao longo do ano de 2016, e nos contatos efetuados com a equipe técnica responsável pelo acompanhamento durante o processo da medida socioeducativa, relatos correspondentes às motivações para prática de delitos foram mencionados. Observou-se que, na avaliação dos profissionais, a participação das adolescentes em atos infracionais é ocasionada pelas desigualdades sociais e pela condição de pobreza, por ações de controle e repressão ao tráfico de drogas, bem como pela associação com pares que apresentam histórico de envolvimento com atos ilícitos, especialmente namorados e companheiros. É notória, ainda, a inserção de adolescentes que apresentam vivência de abuso e violência no contexto familiar. Segundo Camargo *et al.*, (2015).⁶⁹

Algumas propostas para explicação do envolvimento de mulheres em crimes partem de estudos que têm destacado o quanto a mulher delinvente foi anteriormente vitimada, tendo sofrido violência de gênero, marcada por abuso físico, sexual e psicológico. Essa, muitas vezes, sofre esse tipo de violência no próprio contexto familiar (...). O papel do companheiro na introdução da mulher na prática delitiva também encontra ressonância em vários estudos sobre criminalidade de gênero. Smith *et al.* (2006) pesquisaram a diferença de tratamento da justiça em relação aos meninos e meninas envolvidos com abuso de drogas, encontrando diferenças qualitativas de gênero em relação à influência de pares. Enquanto meninos se envolveram com abuso de drogas muito influenciados por grupos de iguais, no discurso das meninas, observou-se a presença de envolvimento com pessoas mais velhas, principalmente companheiros e namorados.

Com base nos dados disponibilizados, percebeu-se que a privação de liberdade nem sempre está associada à prática de delitos considerados de grave ameaça ou de violência contra a pessoa. Se considerarmos os dados expostos no gráfico 2, a privação de liberdade não seria justificada em 45% dos atos informados, tendo em vista a não associação com práticas gravosas. Identificou-se, ainda, que 58% das meninas não apresentavam reincidência no sistema socioeducativo de privação de liberdade, enquanto 42% apresentavam registros de retornos derivados por novos delitos e por mandato de busca e apreensão após descumprimento de medida socioeducativa anteriormente aplicada⁷⁰.

⁶⁹ CAMARGO, Carolina K. *et al.* Adolescente em Conflito com a Lei: Perspectivas teóricas tradicionais e feministas, p.139-140. In: MENDES, Claudia Lucia; JULIÃO, Elinaldo Fernandes; ABDALLA, Janaína (Orgs.). *Diversidade, Violência e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, DEGASE, 2015.

⁷⁰ Cabe informar que a Equipe de Serviço Social do CAOPJIJ/MPRJ elaborou documento técnico, em junho de 2017, que trata da Distribuição Territorial dos Programas de Atendimento Socioeducativo no Estado do Rio de Janeiro. No que tange à prática de ato infracional por adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação na capital fluminense, de acordo com os dados analisados, identificou-se que 44% (357) dos adolescentes não apresentavam registro de reincidência. Destes, 21% (76) não estavam

4.4. Atendimento Institucional e Recursos Materiais

O fluxo de entrada da adolescente na unidade de internação ocorre da seguinte forma: 1) Recepção pela equipe de agentes socioeducativos; 2) Informação sobre seus direitos e deveres e as normas vigentes na unidade; 3) Recolhimento de seus pertences, cuja listagem discriminada deverá constar no livro de pertences com a assinatura da adolescente; 4) Encaminhamento para o banho e verificação de quaisquer lesões ou ferimentos visíveis em seu corpo, os quais deverão ser anotados no livro de ocorrências; 5) Entrega de roupas limpas e kit de higiene; 6) Encaminhamento para o refeitório, a fim de que seja servido almoço, lanche ou jantar, de acordo com o horário de entrada; 7) Encaminhamento ao setor de enfermagem para análise geral acerca do seu estado de saúde e conhecimento de medicamentos que a mesma necessite usar, mediante receita médica; 8) Encaminhamento ao alojamento, respeitando-se os critérios de idade e compleição física; 9) Entrega da documentação processual à Secretária Técnica, setor administrativo da unidade; 10) Encaminhamento para a equipe técnica de referência da internação provisória, a fim de que o processo de acolhimento tenha continuidade⁷¹.

Os entraves identificados na execução do atendimento surgem no momento de entrada da adolescente no ambiente institucional. A Gestão do DEGASE ainda está em processo de elaboração de Regimento Interno, para cumprir o determinado na Lei nº 12.594/2012, SINASE, no que tange aos requisitos obrigatórios para inscrição de programa de atendimento:

Artigo 11, §III – regimento interno que regule o funcionamento da entidade, no qual deverá constar, no mínimo: a) o detalhamento das atribuições e responsabilidades do dirigente, de seus prepostos, dos membros da equipe técnica e dos demais educadores; b) a previsão das condições do exercício da disciplina e concessão de benefícios e o respectivo procedimento de aplicação; e c) a previsão de concessão de benefícios extraordinários e enaltecimento, tendo em vista tornar público o reconhecimento ao adolescente pelo esforço realizado na consecução dos objetivos do plano individual;

Os profissionais atuantes no CENSE PACGC elaboraram documento específico para nortear o funcionamento da unidade feminina. Entretanto, como tal produção não foi autorizada pela Gestão do DEGASE, para implantação, o processo encontra-se estagnado. A ausência de parâmetros no estabelecimento de condutas e procedimentos de rotina pelos profissionais causa impactos negativos na execução do atendimento, em especial nas questões relacionadas à atribuição dos atores da unidade socioeducativa, bem como no exercício da disciplina. Historicamente, a unidade feminina apresenta diversas violações de direitos e práticas de violências aplicadas às adolescentes.

privados de liberdade por cometimento de delitos considerados gravosos (art. 122 inciso I, ECA) e/ou acumulados com a prática de outros atos infracionais (art. 122, inciso II, ECA).

⁷¹ Projeto Político Pedagógico do Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa – 2017 (PPP-CENSE PACGC).

É comum no pronunciamento da direção da unidade e dos demais agentes socioeducativos falas relacionadas a entraves para o trabalho com as meninas, com as seguintes referências: ao comportamento no dia a dia; condutas apresentadas perante as demais adolescentes; a sensibilidade; a carência; o lado emocional mais aflorado; a agressividade, entre outras características. Segundo BASTOS & SILVA (2007),

Mulheres adolescentes, negras e pobres sofrem mais preconceito e violência nas Instituições. Em espaços de discussão com os educadores e técnicos das instituições de abrigo e de cumprimento de medidas socioeducativas, é recorrente nos depararmos com concepções que revelam preferência em trabalhar somente com rapazes. Quando elencados os motivos para a “dificuldade” de se relacionar com mulheres adolescentes, ficam evidentes os preconceitos⁷².

Em setembro de 2015, a unidade foi alvo de visita pela equipe do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (MEPCT), que apresentou relatório correspondente às condições de atendimento às meninas e mulheres privadas de liberdade no Estado do Rio de Janeiro. Neste documento, é destacada a violação de direitos humanos contra as adolescentes, bem como a questão de gênero, tendo em vista as particularidades do atendimento.

As constatações apresentadas no relatório do MECPT foram corroboradas nas vistorias técnicas realizadas pela equipe de Serviço Social do CAOPJII, quando identificadas diversas violações de direitos e práticas de violências contra as adolescentes, conforme destacado nos trechos dos relatórios técnicos:

Durante o contato com as adolescentes, chamou-se atenção para o relato acerca de práticas violentas perpetradas pelos agentes socioeducativos (...). As adolescentes demonstravam medo de falar da situação vivenciada por conta de represálias, mas verbalizaram a ocorrência de xingamentos e agressões físicas, com utilização indiscriminada de spray de pimenta⁷³.

Foram relatados episódios envolvendo uso excessivo da força, xingamentos, humilhação e utilização de práticas agressivas, como por exemplo, a “bailarina” em que as adolescentes são algemadas na janela dos alojamentos e são castigadas pelos agentes⁷⁴.

⁷² BASTOS, Fernanda Graneiro; SILVA, Márcia Nogueira da. Violência institucional contra mulher adolescente jovem: da inadequação ao acolhimento. In: TRAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra mulher adolescente-jovem*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2007, p.126.

⁷³ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da 1ª Promotoria de Justiça de Execução de Medidas Socioeducativas da Capital, em março de 2016, p.6.

⁷⁴ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da 2ª Promotoria de Justiça de Infância e Juventude Infracional da Capital, em março de 2016, p.5.

(...) as adolescentes verbalizaram a permanência de ações de disciplinamento através de práticas de violência física e psicológica (tapas, xingamentos, humilhação) específicas de um determinado plantão socioeducativo⁷⁵.

Outro fator que deve ser problematizado e discutido institucionalmente é a predominância de agentes socioeducativos do sexo masculino para o atendimento direto às adolescentes na unidade feminina. De acordo com as planilhas de recursos humanos, a composição de agentes socioeducativos corresponde a 75% de agentes do sexo masculino para 25% de agentes do sexo feminino⁷⁶. A composição majoritariamente masculina para o atendimento imprime o domínio da força e reforça o caráter repressivo e correccional do sistema que, com a Doutrina de Proteção Integral, já deveria ter sido superado.

Quanto ao material de higiene pessoal e vestuário, destaca-se que a unidade de atendimento apresenta escassez no fornecimento de insumos às adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 124, §IX, prevê como direito dos adolescentes privados de liberdade “ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal”. Essa carência tem sido destacada nos relatórios das vistorias técnicas:

Em relação ao fornecimento de material de higiene pessoal e vestuário, as adolescentes mencionaram carência no fornecimento de colchão, uniformes, sabonetes, cobertor e de aparelho para depilação⁷⁷.

Conforme a organização institucional, o uso do uniforme é obrigatório na unidade privativa de liberdade, contudo a vestimenta utilizada pelas adolescentes não possui diferenciação daquelas disponibilizadas para os adolescentes do sexo masculino. As meninas não possuem suas características pessoais preservadas, tendo em vista que sequer acessam espelhos. A manutenção da vaidade e das especificidades próprias atinentes ao público feminino, além de um desafio é algo controverso num atendimento que não foi pensado para meninas, conforme observado no trecho do relatório técnico a seguir:

(...) a unidade em tela destina-se ao atendimento de adolescentes do sexo feminino, o que traz demandas específicas, como por exemplo, necessidade de fornecimento de absorventes. Segundo informações prestadas pela direção, recentemente a unidade ficou durante uma semana sem absorvente para fornecer às adolescentes⁷⁸.

⁷⁵ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude Infracional da Capital, em maio de 2016, p.4.

⁷⁶ O percentual apresentado corresponde às informações acerca do quadro de servidores integrantes do quadro permanente do DEGASE.

⁷⁷ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude Infracional da Capital, em maio de 2016, p.4.

⁷⁸ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da 1ª Promotoria de Justiça de Execução de Medidas Socioeducativas da Capital, em setembro de 2016, p.4.

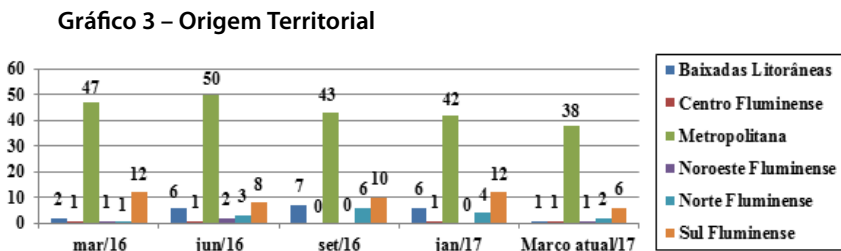
Desse modo, as famílias são corresponsáveis no fornecimento de material básico de responsabilidade do Estado, que vem contando com doações de entidades religiosas para prover o abastecimento de itens de higiene para aquelas adolescentes que não possuem visitação regular. Entretanto, peças e objetos de uso básico do público feminino, como roupas íntimas, hidratantes para pele e cremes de cabelo são fornecidos majoritariamente pelos familiares, o que, muitas das vezes, representa um gasto adicional para famílias com poucos recursos. Ou seja, o estado mantém as adolescentes privadas de liberdade sem garantir-lhes condições dignas de atendimento.

4.5. Participação da Família no Processo Socioeducativo

A concentração de vagas⁷⁹ para o atendimento em privação de liberdade acarreta no deslocamento de meninas com origem em territórios distantes da localização da unidade de atendimento. Tal entrave causa impactos significativos no processo de cumprimento de medida socioeducativa, em especial no acompanhamento familiar, conforme destacado no trecho do relatório técnico:

Em interlocução com a diretora adjunta a mesma não soube precisar o quantitativo real de adolescentes que estão sem receber visitas, contudo mencionou o caso de algumas jovens (...). De acordo com as informações prestadas, um dos principais motivos que dificultam a efetivação das visitas semanais da família às adolescentes está relacionado à dificuldade de recursos financeiros para deslocamento⁸⁰.

O gráfico abaixo apresenta os dados coletados acerca da origem das meninas em privação de liberdade:



⁷⁹ O CENSE PACGC, por se tratar da única unidade privativa de liberdade destinada para meninas, apresenta todas as vagas para atendimento em internação provisória e internação por sentença para atendimento ao público feminino localizadas no Estado do Rio de Janeiro - Região Metropolitana.

⁸⁰ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da 2ª Promotoria de Justiça de Execução de Medida Socioeducativa da Capital, em janeiro de 2017, p.5-6.

No corte temporal eleito para análise, a unidade apresentou altos índices de meninas de diversos territórios do Estado do Rio de Janeiro sem visitação peridica durante a permanência no atendimento socioeducativo. A participa o ativa da famlia na experiência socioeducativa   uma das diretrizes da Resolu o n  119/2006, CONANDA no processo pedagógico.

As práticas sociais devem oferecer condi es reais, por meio de a es e atividades programáticas   participa o ativa e qualitativa da famlia no processo socioeducativo, possibilitando o fortalecimento dos vnculos e a inclusão dos adolescentes no ambiente familiar e comunitário. As a es e atividades devem ser programadas a partir da realidade familiar e comunitária dos adolescentes para que em conjunto – programa de atendimento, adolescentes e familiares – possam encontrar respostas e solu es mais aproximadas de suas reais necessidades.

Não se pode pensar em desenvolver trabalho de responsabiliza o às adolescentes, através de a es pedagógicas, descolado da participa o da famlia. Ao longo das vistorias técnicas identificou-se no discurso da equipe técnica da unidade a necessidade de articula o com a rede de serviços socioassistenciais dos territórios da área de abrangência de moradia das adolescentes, como forma de garantir, entre outras questões, a participa o e o acompanhamento contínuo dos familiares durante a permanência das adolescentes em priva o de liberdade:

(...) muitas famlias não dispõem de recursos financeiros para se deslocarem até a unidade, especialmente quando residem em territórios afastados da unidade. Diante dessas situa es, foi mencionada a realiza o de contato com a rede de atendimento do município de origem da adolescente, sobretudo com o CRAS/ CREAS (Centro de Referência de Assistência Social e Centro de Referência Especializada de Assistência Social) e Conselho Tutelar. Foi mencionada a realiza o de reuniões com tais equipamentos, porém esta prática não está inserida na dinâmica de atendimento socioeducativo da unidade e acaba se restringindo   demanda de cada caso⁸¹.

⁸¹ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicita o da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude Infracional da Capital, em maio de 2016, p.7.

Quanto a este aspecto, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC – 2006) apresenta como um dos objetivos “estímulo ao contato dos filhos com seus pais que se encontram privados de liberdade e garantia de contato dos pais com seus filhos adolescentes submetidos à medida socioeducativa, principalmente, privação de liberdade” (Eixo 2 – Atendimento). Portanto, o programa de atendimento deve prever ações no sentido de promover a manutenção dos vínculos familiares. Segundo Lopes (2005)⁸²:

A família tem um papel fundamental em todo o processo de responsabilização e socioeducação do adolescente em situação de ato infracional. Ela precisa estar presente em todas as fases, desde o procedimento de apuração do ato infracional até o final da execução da medida socioeducativa. É a família que dará suporte emocional e afetivo ao jovem, necessário para seu fortalecimento e motivação para o cumprimento da medida de forma positiva.

As ações técnicas e institucionais devem ser desempenhadas através do atendimento familiar, que tem papel fundamental para o fortalecimento dos vínculos entre a adolescente e seus familiares. De acordo com as informações obtidas, a unidade não dispõe de projeto específico de atenção às famílias, sendo as ações realizadas através do atendimento individual efetuado ao longo do período de permanência da adolescente na unidade.

Como forma de estabelecer mais proximidade com as famílias, a equipe técnica da unidade ampliou os dias estabelecidos para a visitação. Anteriormente as mesmas ocorriam três vezes por semana, somente em dias úteis. Recentemente a equipe técnica organizou escala para que todos os atendimentos familiares também pudessem ser realizados aos sábados. Contudo, o desenvolvimento efetivo do acompanhamento familiar permanece como um desafio, especialmente com os familiares provenientes de municípios distantes da capital fluminense.

Desse modo, observa-se que a violação do direito das adolescentes à convivência familiar e comunitária se dá em duplo sentido. De um lado, está o Estado que não descentraliza o atendimento e não oferece condições de trabalho para seus técnicos realizarem as visitas domiciliares. Do outro, estão os familiares que não têm condições de manter o deslocamento semanal para a manutenção do contato e acompanhamento de suas filhas.

⁸² LOPES, Elis Regina de Castro. A Inserção Familiar no Sistema Socioeducativo de Privação e Restrição de Liberdade no Estado do Rio de Janeiro, p.250. In: MENDES, Claudia Lucia; JULIÃO, Elionaldo Fernandes; ABDALLA, Janaína (Orgs.). *Diversidade, Violência e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, DEGASE, 2015.

4.6. Plano Individualizado de Atendimento e Atividades Desenvolvidas no Processo Socioeducativo

A Lei nº 12.594/2012, SINASE, segundo SILVA (2016), “propõe uma política de atendimento socioeducativo nacional pautada nos direitos humanos e o alinhamento conceitual, estratégico e operacional estruturado em bases éticas e pedagógicas”⁸³. No artigo 52 da Lei supramencionada é previsto:

O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá do Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente. Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esse passíveis de responsabilização administrativa, civil e criminal.

Segundo SILVA (2016)⁸⁴, para a elaboração do Plano Individualizado de Atendimento, deve-se considerar o seguinte processo: “diagnóstico, elaboração, execução, monitoramento e avaliação”. Quanto a este aspecto, observa-se que a unidade feminina tem avançado no processo de elaboração do planejamento individual com as adolescentes, em comparação ao atendimento realizado nas unidades masculinas. O planejamento é realizado por ocasião da inserção da adolescente ainda em atendimento em internação provisória, com o diagnóstico e levantamento inicial dos dados em formulário próprio adotado pela Gestão do DEGASE⁸⁵. Este documento serve como subsídio para o relatório técnico ou síntese informativa a ser encaminhada para apreciação do Sistema de Justiça. Entretanto, somente após a sentença judicial, com a definição da medida socioeducativa a ser cumprida, serão definidas as ações do plano de atendimento.

Apesar de efetuar o planejamento em conjunto com as adolescentes, a equipe técnica da unidade enfrenta limitações durante o acompanhamento daquelas oriundas de locais distantes do território de abrangência da unidade de privação de liberdade. A ausência de muitos familiares e dos diversos atores integrantes da rede de serviços intersetorial, em especial saúde e assistência social, causa impactos negativos durante este processo.

Segundo SILVA (2016), o processo de avaliação consiste em mensurar os resultados da execução do Plano sob duas perspectivas: “1) Impactos do trabalho

⁸³ SILVA, Márcia Nogueira. O Trabalho com Adolescentes e Jovens na Era dos Planos, p.60. In: BASTOS, Fernanda Graneiro (Org.). *Eixos para a saúde de adolescentes e jovens*. Rio de Janeiro, Flizo. 2014.

⁸⁴ *Idem* p.59-69.

⁸⁵ Portaria nº 154/2013, dispõe sobre a “instituição das diretrizes gerais de implantação do Plano Individual de Atendimento- PIA do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa no DEGASE, as quais visam orientar as equipes de trabalho do sistema socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro”.

desenvolvido pela instituição/serviço e pela rede na vida do adolescente/jovem e da família; 2) Identificação de ações futuras para acompanhamento do caso⁸⁶. Quanto a este aspecto, a equipe técnica da unidade enfrenta obstáculos, especialmente, nos casos de progressão de medida socioeducativa de internação para semiliberdade e/ou para o meio aberto. O fluxo entre as unidades socioeducativas é bastante deficitário, exigindo sempre um “recomeçar” nas ações planejadas e executadas com as adolescentes. Segundo BROTTTO *et al.* (2015)⁸⁷:

(...) há inúmeros desafios a serem superados para a efetiva implantação do PIA no âmbito do atendimento socioeducativo, entre eles, a necessidade de constante investimento no âmbito da formação dos trabalhadores da área. A criação de espaços de discussão acerca do PIA e de seu formato institucional, bem como as estratégias para realização dos estudos de casos e fomento à participação do adolescente e da família, se colocam como um desafio diante do cenário real do DEGASE.

No Plano de Atendimento, são trabalhadas as ações possíveis, em conformidade com a oferta de atendimento institucional e a modalidade de atendimento (internação provisória e internação por sentença judicial). Quanto às atividades desenvolvidas, para além das escolares, a unidade possui o planejamento de atividades internas e externas. Estas atividades nem sempre são mantidas após o desligamento institucional e, por vezes, não são do interesse das adolescentes em privação de liberdade, o que redundava em solução de continuidade e dificuldades relacionadas à aderência das socioeducandas às ações previstas no Plano de Atendimento.

Em relação às atividades ofertadas no interior das unidades, observa-se que nem sempre é considerado o perfil das adolescentes ou ao que é indicado pelas mesmas, como área de interesse no Plano de Atendimento Individual. As adolescentes são inseridas em atividades ofertadas conforme disponibilidade da unidade. Ou seja, não é planejada atividade para atender ao interesse específico de determinada(s) adolescente(s)⁸⁸. Quanto às atividades externas, observa-se que estão mais relacionadas aos interesses e perfis das adolescentes⁸⁹. Contudo, tais atividades não são direcionadas às adolescentes com internação provisória. Observa-se, ainda, que algumas dessas atividades não atendem à demanda da unidade⁹⁰.

⁸⁶ SILVA, Márcia Nogueira. O Trabalho com Adolescentes e Jovens na Era dos Planos, p.59-69. In: BASTOS, Fernanda Graneiro (Org.). *Eixos para a saúde de adolescentes e jovens*. Rio de Janeiro, Flizo. 2014.

⁸⁷ BROTTTO, Liliâne I; DUARTE, Daniel E.T.; NASCIMENTO, Flávia A. *Síntese Avaliativa das Unidades de Atendimento Socioeducativo de Restrição e Privação de Liberdade no Município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2016, p.97.

⁸⁸ Oficinas internas de desenho, *biscuit* e bonecas, cartas, jogos, artes, poesia, música, lego, entalhe em madeira, cabelo afro, entre outras, esportiva e de lazer.

⁸⁹ Oficina de fotografia, pizzaiolo, pet shop, informática, marketing da moda e mundo digital.

⁹⁰ Inserção no mercado de trabalho através de processo seletivo para o Programa Jovem Aprendiz. A unidade possui pouca oferta de vagas.

4.7. Estrutura Física da Unidade de Atendimento

O CENSE PACGC, nos últimos anos, passou por reformas com a finalidade de adequar aos parâmetros mínimos arquitetônicos previstos nas normativas vigentes. Entretanto, diversos entraves acerca das condições físicas são identificados frequentemente nas vistorias técnicas realizadas.

(...) durante a verificação dos espaços, observou-se que os alojamentos destinados às adolescentes apresentavam problemas de conservação, especialmente no que se refere às condições hidráulicas. (...) foi mencionado pelas socioeducandas ausência de iluminação nos banheiros, de ventilador no interior dos alojamentos e vazamentos nos sanitários. Foi possível identificar também, que os alojamentos estavam sendo ocupados por um número superior à oferta de camas (em geral são 04 camas em cada alojamento), chegando alguns a comportar 09 adolescentes (...) ⁹¹.

(...) em relação à estrutura física, observou-se a falta de conservação, iluminação e ventilação adequadas nos alojamentos, que vazamentos nos sanitários, pias do banheiro e, em alguns, ausência de chuveiro. A acomodação de elevado número de adolescentes no mesmo quarto, acima do recomendado e acima da capacidade da estrutura física (...) ⁹².

A unidade feminina apresenta o ambiente físico e infraestrutura como pontos positivos em consonância com os parâmetros de funcionamento: refeitório compatível para o índice de atendimento; espaço para escolarização, atendimento à saúde, práticas de esportes, cultura e lazer, atendimento jurídico, social e psicológico e para profissionalização. Como pontos inadequados ou negativos: insalubridade acerca da manutenção dos espaços e equipamentos utilizados; inadequação dos dormitórios e banheiros, em especial quanto à manutenção e índices de atendimento.

Conforme já debatido no decorrer desse artigo, por ser a única unidade feminina destinada ao atendimento de adolescentes em privação de liberdade no Estado do Rio de Janeiro, o CENSE PACGC é responsável pelo atendimento de todas as adolescentes que estão cumprindo medida socioeducativa de internação ou estão privadas de liberdade por determinação judicial de caráter provisório ⁹³.

Desta feita, apesar de as adolescentes constituírem uma parcela muito inferior de atendimento em comparação aos registros de atendimento do sexo masculino,

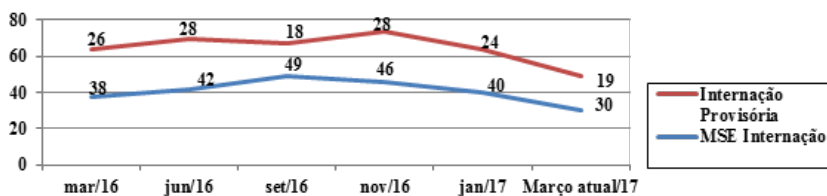
⁹¹ Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude Infracional da Capital, em maio de 2016, p.4.

⁹² Relatório Técnico de vistoria realizada por solicitação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e Juventude Infracional da Capital, em novembro de 2016, p.8.

⁹³ A unidade possui capacidade para atendimento de até 28 (vinte e oito) meninas em acautelamento e em internação provisória; e para até 16 (dezesesseis) meninas em cumprimento de medida socioeducativa de internação.

a centralização do atendimento em uma só unidade resultou – no período de corte utilizado neste artigo – no atendimento de um quantitativo de adolescentes superior ao recomendado pela Resolução do CONANDA nº 46/1996⁹⁴ (40 adolescentes), bem como superior à capacidade estrutural da unidade (44 adolescentes). A sobrelotação identificada e registrada no gráfico abaixo repercute na desqualificação do atendimento personalizado e nas ações pedagógicas direcionadas para o cumprimento da medida socioeducativa:

Gráfico 4 – Adolescentes em Privação de Liberdade



5. Considerações Finais: se Elas Existem

Diante do que foi apresentado neste artigo, torna-se fundamental ampliar a discussão sobre o atendimento em privação de liberdade destinado às adolescentes a quem se atribui a autoria de ato infracional. Dar visibilidade a este grupo é uma tarefa que não se encerra aqui e implica uma série de desafios.

Nesse primeiro momento, buscou-se trazer, através de um resgate histórico, a trajetória da política de atendimento e as eventuais alterações observadas ao longo dos anos. A despeito da existência de mudanças normativas e programáticas, constata-se ainda hoje reflexos persistentes das antigas formas de tratamento que eram destinadas a esse público, principalmente aos adolescentes em conflito com a lei. A perspectiva disciplinadora e correccional da Doutrina de Situação Irregular ainda é uma realidade no atendimento socioeducativo, muito embora a Doutrina de Proteção Integral tenha assegurado os direitos humanos para as/os adolescentes em conflito com a lei no plano formal.

Não obstante, ainda que o SINASE tenha ordenado a política de atendimento socioeducativo no Brasil com base nas legislações nacionais e internacionais, observa-se que as garantias previstas nestes diplomas legais ainda não foram incorporadas no cotidiano na programação e na execução da política em curso no país.

Constata-se que o atendimento em privação de liberdade parece ser concebido, exclusivamente, para o atendimento de meninos. O fato de a participação

⁹⁴ Resolução de 29 de outubro de 1996, que regulamenta a execução da medida socioeducativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990.

feminina representar uma parcela pouco significativa do atendimento implica não reconhecimento desta neste contexto de atendimento, trazendo impactos deletérios no que se refere ao atendimento aos direitos humanos das meninas em privação de liberdade. Ao mesmo tempo, a escassez de dados sobre a população feminina dificulta a assimilação adequada do problema a ser enfrentado no atendimento socioeducativo destinado às meninas e implica ausência de discussão sobre as especificidades e demandas apresentadas pelas mesmas.

Apesar da carência de informações mais específicas sobre o público feminino, uma questão é inegável: elas existem! E, se elas existem, urge fomentar e programar políticas públicas específicas que deem conta das particularidades relacionadas ao sexo feminino, o que exige a superação de uma lógica centrada no perfil predominante no sistema. O artigo indicou, ainda, que o atendimento feminino vem sendo executado em dissonância com os documentos internacionais nos quais o Brasil é signatário. Assim, o país ainda não observa direitos específicos previstos para adolescentes privadas de liberdade, o que evoca ações de fomento à incorporação das normas internacionais de direitos humanos.

O Estado do Rio de Janeiro ainda carece de investimentos de diversas ordens para obter avanços no atendimento socioeducativo ofertado às meninas. A ausência de sistema informatizado e de um fluxo de atendimento que facilite a integração operacional entre os Sistemas de Justiça, Segurança Pública e Assistência Social é um entrave significativo que pesa ainda mais sobre os ombros das adolescentes que ainda não dispõem de um local independente para o acautelamento durante o processo de apuração de autoria de ato infracional.

A centralização do atendimento em apenas uma unidade causa impactos no cumprimento da medida socioeducativa em quatro aspectos fundamentais para a sua execução: 1) participação da família no processo socioeducativo; 2) elaboração, execução e avaliação do plano individualizado de atendimento, tendo em vista entraves no planejamento de ações que visem à continuidade após o desligamento da unidade de privação de liberdade; 3) estrutura e oferta de atividades que deem conta de um atendimento socioeducativo de qualidade; e, 4) escassez no fornecimento de recursos de higiene pessoal e vestuário, não respeitando as necessidades e especificidades do público feminino.

Ainda sobre os impactos no processo de cumprimento de medida socioeducativa, destacou-se ausência de ações voltadas para a manutenção dos vínculos familiares, bem como para maternidade e o fortalecimento dos laços entre as adolescentes e seus filhos. Quanto a este aspecto, é fundamental que sejam efetuadas pesquisas e levantamentos sobre esta problemática, tendo em vista que, no que tange ao encarceramento destinado ao público feminino adulto, ocorrências acerca do afastamento familiar são comprovadas através de estudos realizados sobre a temática, enquanto para as meninas em privação de liberdade não são identificados dados consolidados sobre o assunto.

Por fim, constatou-se, também, que a unidade feminina possui em seu quadro profissional a prevalência de agentes socioeducativos do sexo masculino. Além disso, os

relatórios relativos ao período de corte indicaram a ocorrência de práticas recorrentes de violência e outras violações de direitos. Assim, é necessário que haja investimento na gestão dos recursos humanos e em sua formação permanente, de modo que a unidade de privação de liberdade possa contar com profissionais capacitados em lidar com o universo feminino.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Fernanda Graneiro; SILVA, Márcia Nogueira da. Violência institucional contra mulher adolescente jovem: da inadequação ao acolhimento, p.123-132. In: TRAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra mulher adolescente-jovem*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 67, de 16 de março de 2011.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 97, de 21 de maio de 2013.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 137, de 27 de janeiro de 2016.

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de promoção, proteção e defesa do Direito de Criança e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Secretaria Especial dos Direitos humanos. Brasília - DF: Conanda, 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo*: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

_____. Presidência de República, Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA). *Levantamento Anual - SINASE 2014*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Estatuto da Criança e do Adolescente e Legislação Congênere. Rio de Janeiro. CEDECA, 2016.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Estatuto da Criança e do Adolescente e Legislação Congênere. Ed. Saraiva, 21ª edição. São Paulo, SP, 2015.

_____. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Resolução nº 119 de 11 de dezembro de 2006. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006.

BROTTO, Liliane I; DUARTE, Daniel E.T.; NASCIMENTO, Flávia A. *Síntese Avaliativa das Unidades de Atendimento Socioeducativo de Restrição e Privação de Liberdade no Município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2016.

BROTTO, Liliane I. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, 2ª PJJI, RJ, março de 2016, mimeo.*

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, 1ª PJEMSE, março de 2016, mimeo.*

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, 1ª PJEMSE, setembro de 2016, mimeo.*

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, 2ª PJEMSE, janeiro de 2017, mimeo.*

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, PJTCIJ, maio de 2016, mimeo.*

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, PJTCIJ, novembro de 2016, mimeo.*

CAMARGO, Carolina K. *et al.* Adolescente em Conflito com a Lei: Perspectivas teóricas tradicionais e feministas, p.133-152. In: MENDES, Claudia Lucia; JULIÃO, Elionaldo Fernandes; ABDALLA, Janaína (Orgs.). *Diversidade, Violência e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, DEGASE, 2015.

DUARTE, Joana F. *Para Além dos Muros*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DUARTE, Daniel E. T.; NASCIMENTO, Flávia Alt. *Distribuição Territorial dos Programas de Atendimento Socioeducativo no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, junho, 2017.

FERNANDES, Vera Maria Mothé. *O Adolescente Infrator e a liberdade Assistida: Um fenômeno sociojurídico*. Rio de Janeiro: CBCISS, 1998.

FRANCO, Elisa; SILVA, Anália dos Santos; SILVA, Márcia Nogueira da Silva. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Matriz Teórica Metodológica do Serviço Social do Estado do Rio de Janeiro*. RJ, julho de 2011.

LIBERATI, Wilson Donizetti. *Adolescente e o Ato Infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Agnaldo Soares. *Guias para implantação do atendimento inicial ao adolescente a quem se atribui autoria de ato infracional*. Ed. Dom Bosco, Brasília: 2013.

LOPES, Elis Regina de Castro. A Inserção Familiar no Sistema Socioeducativo de Privação e Restrição de Liberdade no Estado do Rio de Janeiro, p.249-263. In: MENDES, Claudia Lucia; JULIÃO, Elionaldo Fernandes & ABDALLA, Janaína (Orgs.). *Diversidade, Violência e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, DEGASE, 2015.

MATOS, Maurílio Castro de. Assessoria e Consultoria: reflexões para o Serviço Social, p.26-61. In: BRAVO, Maria Inês Souza (Org.) *Assessoria, Consultoria e Serviço Social*. Rio de Janeiro, 7 letras, 2006.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Coord.) *Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões*. Pesquisadores Camila Arruda Vidal Bastos et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

NASCIMENTO, Flávia Alt. *A Eficácia da Medida Socioeducativa de Internação Aplicada aos Adolescentes em Conflito com a Lei*. 2005. Monografia (Graduação em Serviço Social) - UNISUAM - Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro, RJ, 2005.

_____. *Relatório Técnico de Vistoria no ANEXO-CENSE GCA, 2ª PJIJI*, março de 2017, mimeo.

NETTO, José Paulo. *Capitalismo Monopolista e Serviço Social*. São Paulo: Cortez, 1992.

RIO DE JANEIRO. Departamento Geral de Ações Socioeducativas. Instituição: Disponível em: http://www.degase.rj.gov.br/quem_somos.asp.

_____. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Termo de Ajustamento de Conduta*. RJ, 31 de janeiro de 2006.

_____. Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro de fevereiro de 2015.

_____. Portaria nº 154, de 04 de novembro de 2013. *Dispõe sobre a instituição das Diretrizes Gerais de Implantação do Plano Individual de Atendimento- PIA do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa no DEGASE, as quais visam orientar as equipes de trabalho do Sistema Socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro*. Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE)

_____. *Projeto Político Pedagógico do Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa*. Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE) RJ, 2017.

ROSA, Elizabete Terezinha Silva. Adolescente com Prática de Ato Infracional: a questão da inimputabilidade penal, p.183-202. *Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, ano XXII, nº 67, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: Da Indiferença à Proteção Integral; uma abordagem sobre a responsabilidade penal*. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Anália dos Santos; SILVA, Márcia Nogueira da. *Síntese Avaliativa das Visitas com Fins de Inspeção Realizadas nas Unidades do Departamento Geral de Ações Socioeducativas do Rio de Janeiro - DEGASE/RJ*. Rio de Janeiro, maio de 2004.

SILVA, Anália; SILVA, Márcia N.; SANTOS, Saulo. *A Violência contra Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas de Semiliberdade e Internação*. Rio de Janeiro. 2006.

SILVA, Jane Santos da; SILVA, Márcia Nogueira da. Adolescentes em Conflito com a Lei no Brasil: Direitos (Des) Humanos? p.129-144. In: FREIRE, Silene de Moraes (Org.). *Direitos Humanos e questão social na América Latina*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

SILVA, Márcia Nogueira. O Trabalho com Adolescentes e Jovens na Era dos Planos, p.59-69. In: BASTOS, Fernanda Graneiro (Org.). *Eixos para a saúde de adolescentes e jovens*. Rio de Janeiro, Flizo. 2014.

VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional – Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2014.

Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana¹

Flávio de Araújo Willeman*

Sumário

I. Introdução. II. Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e Dignidade da Pessoa Humana. III. Das Restrições aos Direitos Fundamentais. IV. Das Restrições aos Direitos dos Presos: o Caso Concreto do Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode. V. Dos Direitos Fundamentais em Debate. VI. Direitos e Deveres do Estado em Jogo. VII. Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade. VIII. Conclusão: Solução Intermediária.

I. Introdução

O tema objeto deste estudo não é simples e não deve merecer soluções ou respostas sem o devido aprofundamento das questões que o tangenciam.

É fato público e notório, porque divulgado na mídia de todo o país quase diariamente, que pessoas do sexo masculino, quando conduzidas à reclusão em presídios por força de decisão judicial, têm o cabelo raspado com o uso de máquina com pente nº “0” (zero), bem assim a barba e o bigode. Tal medida, na maioria das vezes, desfiguram as características físicas do ser humano conduzido à reclusão.

As administrações das unidades prisionais, geralmente, justificam o corte compulsório em razão do asseio e higiene dos detentos e das pessoas que com eles se relacionam, para que se evite infestação de pragas, aduzindo que o amparo legal para tanto é a *Portaria nº 1.191, de 19.06.2008, do Ministério da Justiça*, que “disciplina os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais” e dispõe no art. 2º, inciso VIII:

¹ Trabalho produzido em homenagem ao saudoso Professor de toda uma geração de estudiosos do Direito Administrativo e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

* Mestre em Direito. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Biênio 2014/2016. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP. Advogado.

VIII – realizar o processo de higienização pessoal, incluindo:

- a) Cortar cabelo, utilizando-se como padrão o pente nº “2” (dois) da máquina de corte;
- b) Raspar barba;
- c) Aparar bigodes;
- d) (...)

O que se pretende analisar neste breve estudo, portanto, é a constitucionalidade/ legalidade de o Poder Público exigir dos detentos que se submetam compulsoriamente ao corte de cabelo, barba e bigode para entrarem e permanecerem no sistema carcerário.

Neste contexto, como de conhecimento convencional, afigura-se relevante anotar que alguns dos direitos dos presos podem ser suspensos ou restringidos justamente para atender à finalidade da pena ou mesmo ao interesse público. Porém, há que se analisar o limite dessa restrição ou limitação, quais direitos podem ser afetados e com que intensidade.

Feito o registro, adianta-se ser, em um primeiro e apressado olhar, *inconstitucional a Portaria nº 1.191/2008 do Ministério da Justiça*, pois a medida adotada nos presídios não passa imune pelo crivo dos *princípios da legalidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana*. Porém, em segundo e mais cuidadoso olhar, é possível sustentar a *interpretação conforme a Constituição*² à referida Portaria, admitindo-se a adoção da medida *apenas de forma excepcional*, quando necessária e motivada, em virtude da *relação especial de sujeição* a que os detentos estão submetidos e em prol do interesse público.

II. Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e Dignidade da Pessoa Humana

Os *direitos da personalidade* coincidem, em boa parte, com os *direitos fundamentais*, na visão constitucional, e com os *direitos humanos*, na visão internacional.

Conforme explica MANOEL JORGE E SILVA NETO, “a designação de ‘fundamentais’ é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’ são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais.”³

Conceituar direitos da personalidade, direitos fundamentais ou direitos humanos é tarefa árdua. Resumindo os preceitos do constitucionalista português

² Segundo Luis Roberto Barroso, “A interpretação conforme a Constituição envolve a exclusão de um ou mais sentidos da norma, com a afirmação de um ou outro que deverá prevalecer, por compatível com a Constituição. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por sua vez, considera inválida a incidência da norma sobre determinada situação, sem comprometer sua legitimidade em relação a outras hipóteses”. (*Controle de Constitucionalidade No Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.159.)

³ *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.74.

JORGE MIRANDA, esses direitos podem ser entendidos como o conteúdo necessário da personalidade do indivíduo; os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no nível atual de dignidade.⁴ São *direitos originários*, o mínimo existencial para que uma pessoa possa se desenvolver e se realizar.⁵

Mais discutido que o *conceito* é o *objeto* dos direitos fundamentais. Debatem-se quais são os direitos, positivados ou não, que compõem o grupo dos direitos da personalidade, direitos fundamentais ou direitos humanos.

Conforme assinalaram os juristas portugueses J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶, o regime constitucional dos direitos fundamentais pode ser analisado sob várias concepções, razão pela qual se torna difícil, ou quase impossível, encontrar um critério material de identificação dos direitos fundamentais que permita delimitar unitariamente o respectivo campo (quer em extensão, quer em profundidade).

Segundo IVES GANDRA MARTINS FILHO, *Aristóteles* teria realizado uma compilação das constituições de 158 cidades-estados gregas, para elencar quais seriam os direitos humanos fundamentais, mas suas conclusões não teriam chegado até nós. Seguindo esta orientação, o Professor identificou, atualmente, os seguintes *direitos humanos fundamentais* em diversas Constituições: vida; liberdade (de locomoção, religiosa, de expressão, de reunião, de associação, profissional); igualdade; casamento e família; educação; inviolabilidade de comunicações e domicílio; honra, intimidade e imagem; propriedade privada; nacionalidade; asilo político; petição; acesso à justiça; devido processo legal; voto; saúde; aposentadoria; meio ambiente e moradia⁷.

Assim, é possível afirmar que existem *zonas de certeza absoluta*, positiva ou negativa, e *zonas cinzentas*, em relação aos direitos que compõem o referido grupo, estando na zona de certeza absoluta positiva o direito à vida, os direitos de liberdade, o direito à imagem, à intimidade, o direito ao trabalho, à saúde, entre outros direitos da personalidade, os quais promovem a dignidade da pessoa humana, elevada a valor central da nossa ordem jurídico-constitucional (art. 1º, III, CRFB/1988).

É a dignidade o valor imanente reconhecido a cada pessoa que, em alguns casos, veda a pena de morte, a restrição ao direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à liberdade de consciência e religião etc.

Também são direitos fundamentais, segundo alguns doutrinadores⁸, as *garantias* que visam a assegurar a fruição daqueles direitos fundamentais *propriamente ditos*. Assim, ao direito à liberdade e à segurança se contrapõe a garantia de irretroatividade da lei incriminadora, por exemplo, ou, ao direito à liberdade de expressão e informação se contrapõe a proibição de censura.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.56.

⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 1. (Coords.) Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p.281.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p.101/107.

⁷ Ob. cit., p.283/284.

⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p.90/91.

Por todo o exposto, a conclusão parcial a que se pode chegar é que os direitos da personalidade, incluídos os direitos fundamentais propriamente ditos e as garantias constitucionais, devem ser por todos respeitados, pois fazem parte da garantia da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, sendo irrelevante, a princípio, para o exercício destes direitos, a cor, o sexo, a religião adotada ou o grupo no qual a pessoa está inserida, pois os direitos da personalidade são intrínsecos a cada ser humano.

III. Das Restrições aos Direitos Fundamentais

Tendo em vista as premissas já estabelecidas, pode-se afirmar que os direitos fundamentais devem ter aplicação direta e imediata, e com observância mandatória a vincular a todas as pessoas ou entidades públicas e privadas, e sua restrição ou limitação deve ostentar um caráter excepcional, fruto de densa motivação fática, técnica (quando possível) e normativa.

Assim, os direitos à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral e à liberdade de expressão e religião, devem ser observados por todos, mas não são absolutos, podendo ser suspensos, restringidos ou limitados, de forma excepcional, quando necessário para atender a um bem jurídico diverso, também protegido constitucionalmente, mais relevante no caso concreto.

Apesar de existir quem entenda que os direitos fundamentais não podem ser restringidos, devendo ser interpretados extensivamente, e não podem ser ponderados com outros princípios/valores constitucionais, a doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, conforme assevera DANIEL SARMENTO⁹, admitem a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, por meio de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário e, em algumas hipóteses, até mesmo pela Administração Pública.

Tais restrições aos direitos fundamentais, por outro lado, também estão sujeitas a uma série de limitações (são os chamados “limites dos limites”¹⁰), observadas a partir da técnica da ponderação de interesses, quando há um *conflito* em concreto.

E havendo um conflito entre direitos fundamentais (o direito à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral e o direito à liberdade de expressão e religião) e bens da coletividade constitucionalmente protegidos (higiene e saúde pública), parte da doutrina entende que devem prevalecer aqueles, podendo a lei, quando autorizada, introduzir restrições¹¹. Outra parte da doutrina¹² entende que os bens da coletividade ou interesses públicos devem prevalecer, em virtude do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*.

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

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Ibid.* p.70.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Ibidem*, p.137.

¹² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.60.

Sabe-se que o princípio implícito da supremacia do interesse público vem sendo, de longa data, mitigado, ou reinterpretado, justamente para se adequar aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito. Neste contexto, confira-se, mais uma vez, as lições de DANIEL SARMENTO, que, citando CANOTILHO, assevera:

a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular (...) é preciso primeiramente recordar que *os limites aos direitos fundamentais* podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.¹³

Quando a restrição a um direito fundamental está prevista na própria Constituição Federal, não é necessária a utilização do princípio da supremacia do interesse público para solucionar eventuais antinomias, uma vez que a ponderação já foi realizada pelo próprio constituinte originário.

Por outro lado, quando a Constituição autoriza que uma *lei* opere a restrição, sustenta-se a existência de certos limites às restrições, quais sejam: (a) sua *previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas*; (b) o respeito ao *princípio da proporcionalidade*, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o *não atingimento do núcleo essencial do direito em questão* (quando possível, segundo a teoria relativa¹⁴).

Por fim, na hipótese de as restrições aos direitos fundamentais não estarem expressamente previstas na Constituição ou por esta autorizadas¹⁵, “a justificativa para a limitação do direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade.”¹⁶

¹³ *Ibid.* p.77.

¹⁴ Em relação ao significado da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento explica que se formaram na doutrina dois pares de teorias: *teoria absoluta* (defendida em Portugal por Jorge Miranda), que postula a existência de um núcleo intangível do direito fundamental; e *teoria relativa*, que admite o conflito entre núcleos de direitos fundamentais e reconduz o problema à questão da ponderação e da proporcionalidade; *teoria subjetiva*, para a qual a garantia visa a resguardar a posição do titular do direito fundamental afetado pela medida restritiva; e *teoria objetiva*, para a qual o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata do direito, considerando-se a globalidade dos seus titulares. (Ob. cit., *passim.*)

¹⁵ Salienta DANIEL SARMENTO que, apesar de soar estranho, a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente deriva, ainda assim, da própria Constituição, do fato de ela prever inúmeros direitos que podem se chocar em casos concretos. Para solucionar o conflito, e manter a *unidade* da Constituição, consente-se o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando a possibilitar a coexistência dos direitos em jogo. (Ob. cit., p.79.)

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p.79.

Portanto, partindo-se da premissa de que nenhum direito é absoluto¹⁷, de que a doutrina pátria e o Direito Comparado admitem que os direitos fundamentais possam sofrer restrições, as quais, entretanto, devem ser limitadas, há que se analisar as restrições impostas aos detentos e em que intensidade podem ser e são afetados seus direitos fundamentais.

IV. Das Restrições aos Direitos dos Presos: o Caso Concreto do Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode

A prerrogativa do Estado de *limitar, condicionar* ou *restringir* o exercício de direitos dos presos decorre do fato de as pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional integrarem uma *relação especial de sujeição* para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a referida atuação limitadora.

Neste sentido, confira-se, mais uma vez, a doutrina do constitucionalista português J.J. GOMES CANOTILHO:

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

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

(...)

Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática* e de *ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.

Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como “referência” instituições cujos fins e especificidades

¹⁷ O STF também se manifesta nesse sentido. Confira no MS 23452/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgamento: 16.09.1999.

constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (...). Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar, pelo menos, pressuposto).¹⁸

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre os direitos ou limitações de direitos do preso:

Art. 5º (...)

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

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

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

(...)

XLIX – *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*

(...)

LXI – ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Portugal: Almedina, 1999, p.436-437. (Grifei).

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

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

Quando a CRFB/1988, no art. 5º, inciso XLVI, alínea “e”, permite que a lei adote a “suspensão ou interdição de direitos”, não dispõe sobre o conteúdo ou limite desta medida punitiva. Não estão previstas na Constituição todas as restrições aos direitos do preso; tal atividade foi delegada à lei.

De se lembrar, mais uma vez, os requisitos citados por DANIEL SARMENTO¹⁹, no sentido de que a suspensão ou interdição de direitos, quando não prevista expressamente na Constituição, deve (1) estar prevista em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (2) respeitar o princípio da proporcionalidade, em sua triplíce dimensão; e (3) não deve atingir o núcleo essencial do direito em questão.

Na hipótese concreta, objeto deste estudo, o corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos presos, em especial no Estado do Rio de Janeiro, não está previsto expressamente em lei. A administração das penitenciárias estaduais se baseia na Portaria nº 1.191, de 19.06.2008, do Ministério da Justiça.²⁰

¹⁹ Ob. cit. p.78.

²⁰ O Poder Judiciário tem, inclusive, negado direito à indenização por danos morais de presos que tiveram a cabeça raspada, com fundamento no referido ato normativo. Confira-se a ementa de acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do TJRJ em junho de 2017, nos autos da apelação cível nº 0003263-38.2015.8.19.00025 (Rel. Des. Mario Assis Gonçalves): “Apelação cível. Indenização. Danos morais. Cidadão preso em consequência do não pagamento de pensão alimentícia. Raspagem de cabelos. Atividade administrativa de inserção do preso na unidade prisional. Descabimento. Sentença de improcedência do pedido proferida em 27/09/2016, portanto, já na vigência da Lei nº 13.105 de 16/03/2015 (novo Código de Processo Civil). Autor que alega que teria sofrido ilegal corte dos seus cabelos por ocasião de sua prisão, no dia 01/07/2015, depois de ter sido levado à casa de custódia, como consequência da dívida de natureza alimentícia no valor de R\$7.594,32, destacando que além da humilhação, sofrimento, angústia, aflição derivados do ato, suportou constrangimento de ordem moral ao terem os seus familiares, amigos próximos e colegas de trabalho perguntado o que lhe havia acontecido e passado a humilhá-lo com brincadeiras porque ele esteve preso, mas que a sentença não considerou que o corte de cabelo seja ilegal e viole diretamente o direito fundamental à liberdade e ao primado constitucional da dignidade da pessoa humana. O cerne do presente recurso repousa no fato de lhe terem imposto, quando custodiado como consequência de não haver cumprido com suas obrigações alimentícias, o chamado ‘processo de higienização’, consistente na raspagem de seus cabelos, não obstante ele tenha permanecido preso por apenas 24 (vinte e quatro) horas. A liberdade, da qual o autor foi privado, é legal e decorre do fato dele não comprovar o pagamento da dívida alimentar e nem negar a existência da mesma, tampouco apresentando justificativa plausível acerca do não pagamento, inexistindo assim qualquer ilegalidade no decreto de sua prisão civil, dada a condição de devedor de alimentos e, em consequência, a raspagem de seus cabelos, independentemente do tempo em que permaneceu recolhido na casa de custódia. É incontroversa a legalidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, conforme previsto no art. 528, §3º, do novo Código de Processo Civil, circunstância também consagrada no item 7 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o denominado Pacto de San José

Tendo em vista que o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal contém norma de exceção, que restringe direitos, sua interpretação deve ser restritiva, de modo que a expressão “lei” não pode ser entendida como “legislação”, para abarcar uma Portaria Ministerial.

Assim, a medida ora questionada não passa, em primeiro lugar, pelo crivo do *princípio da legalidade*, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. É, portanto, inconstitucional.

Mas não é só.

Ainda que se entenda que algumas restrições aos direitos dos presos possam estar previstas em ato infralegal, principalmente se considerarmos a Portaria antes referida como mera regulamentação da Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7.210/1984), que prevê no seu art. 39, como *dever do condenado*, manter “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”, outros critérios ainda devem ser analisados.

Como se observou nas lições de CANOTILHO,²¹ deve-se realizar uma tarefa de *concordância prática*²² e de *ponderação* para verificar se a restrição ou limitação a determinados direitos fundamentais é *exigível* e como se pode garantir os direitos fundamentais dos detentos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.

Assim, conclui-se ser possível e lícito ao Poder Público limitar, condicionar e restringir direitos dos presos, desde que, em juízo de concordância prática e de ponderação de valores constitucionais, as medidas atendam aos *princípios da proporcionalidade (ou razoabilidade) e da intervenção mínima*, de modo a que se possa garantir a finalidade e eficácia da pena²³, *sem aniquilar direitos fundamentais*.

da Costa Rica, de 1969. Insofismável, também, que o cabimento da prisão se encontra consubstanciado no Enunciado nº 309 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. A pena de prisão, como conhecida, nada mais é do que a segregação do indivíduo e tem como objetivo cercear seu ‘direito de ir e vir’. Constitui-se na forma mais grave de resposta estatal prevista no ordenamento jurídico de países democráticos que repudiam as penas corporais e a capital, e é, em regra, aplicada aos violadores da lei penal, mas, excepcionalmente, prevista para outras transgressões legais. Inteligência do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República. *Ressalta-se que a prática do corte de cabelo, como forma de higienização do preso, está prevista na Portaria nº 1.191, de 19/06/2008, do Ministério da Justiça, que prevê, entre os procedimentos de inclusão de presos, o corte de cabelo e barba (art. 2º, inciso VIII).* Ressalte-se que a prática, no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, é adotada em diversos Estados. Não há como se ver o procedimento como prática de abuso de autoridade, apto a impor indenização por danos morais. Submissão obrigatória dos internos do sistema prisional a cortes periódicos de cabelo e barba que, conforme precedente jurisprudencial deste TJ-ERJ, não implica ofensa aos direitos fundamentais da integridade física e moral, privacidade e dignidade da pessoa humana, que integram o elenco dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. O asseio pessoal da população carcerária, não obstante o fato de a Administração não fornecer itens indispensáveis para tal fim, o que é deplorável, passa pelo corte de cabelo e barba e constitui providência indispensável ao controle da proliferação de pragas e doenças. Sentença mantida. Recurso conhecido, mas desprovido. Majorados os honorários advocatícios de sucumbência arbitrados na sentença para 12% (doze por cento) do valor da condenação, nos termos do que dispõe o art. 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015. Recurso a que se nega provimento.”

²¹ Ob. cit. p.436-437.

²² O princípio da concordância prática ou cedência recíproca impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

²³ Não me cabe analisar as teorias da pena, mas é sabido que o Brasil adotou a teoria mista ou unificadora, pois não prevalece a finalidade retributiva ou preventiva. Segundo o art. 59 do Código Penal Brasileiro, a pena será estabelecida pelo juiz conforme seja *necessário e suficiente para a reprovação e prevenção*

Na hipótese concreta em estudo, a pergunta que se deve fazer é: a restrição ou limitação a direitos da personalidade, como o direito à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral, à não discriminação e à liberdade de religião, com o corte compulsório de cabelo, barba e bigode de presos, *justifica-se* para proteger a higiene e a saúde pública? A limitação a direitos fundamentais, neste caso, se justifica para atender ao interesse público?

Tudo deságua, portanto, no princípio da proporcionalidade ou na técnica da ponderação de valores constitucionais. Antes de tentar responder às indagações, faz-se necessário analisar os direitos envolvidos no presente conflito.

V. Dos Direitos Fundamentais em Debate

Parte da doutrina trabalha, dentro da ideia clássica de 1ª, 2ª e 3ª gerações ou dimensões de direitos fundamentais, com a premissa de que os direitos à liberdade, ou *valores da liberdade*, seriam um gênero que englobaria diversos direitos de cunho negativo, voltados à abstenção do Estado, como o direito à integridade, o direito à imagem ou identidade pessoal, à liberdade de expressão, de consciência e religião etc., direitos atinentes à fase inicial do moderno constitucionalismo ocidental.

Sob este viés, não obstante a Constituição Federal não prever expressamente o *direito à identidade pessoal*, este pode ser considerado um valor da liberdade ou um aspecto do direito de imagem; é o direito que uma pessoa tem de ser identificada de forma individual e particularizada, por meio de caracteres que a acompanham e a diferenciam dos demais indivíduos.

A partir do momento em que uma pessoa é obrigada, forçada, a modificar suas características pessoais, sem justificativa plausível, estará sendo violado o direito à imagem, que serve à sua identificação social pessoal.

Quanto ao *direito à integridade física*, previsto na Constituição Federal, não se restringe a normas de obrigação de não fazer por parte de terceiros, mas está relacionado, também, ao arbítrio de um indivíduo dispor ou se declarar apto a dispor de partes de seu corpo.

A *integridade moral*, mais complexa para ser conceituada, envolve a proibição de discriminação, ou de qualquer atitude que cause humilhação, qualquer tratamento degradante, que atinja a moral, a *psiqué* do indivíduo. No caso em análise, diversos são os exemplos divulgados pela mídia de todo o país, de detentos que foram submetidos ao corte com máquina “zero”, ao invés da máquina com pente nº 2, inclusive transexuais e rastafáris. Por óbvio, as alegações de agressão devem ser comprovadas e os responsáveis punidos. Este, porém, não é o objeto deste trabalho.

do crime. Assim, parece que a ideia de ressocialização do preso só se torna eficaz se, ao lado da pena de privação da liberdade, como forma de castigo e impedimento da prática de outros delitos, os outros direitos fundamentais forem respeitados, respeito esse necessário para preparar o detento para o retorno ao convívio social.

Fato é que, se a medida adotada nos presídios, sem motivação adequada, é considerada degradante e humilhante para os detentos, está a atingir o direito fundamental à sua integridade moral e, assim, sua dignidade humana. Como bem ressaltou IVES GANDRA M. FILHO, deve-se “distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito.”²⁴

Importante salientar que o comando do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal é reproduzido no art. 38 do Código Penal, segundo o qual “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”, e no art. 40 da Lei de Execuções Penais, que afirma: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Interligado ao direito à integridade física e moral, ao respeito à dignidade da pessoa humana, está a proibição de discriminação, corolário do princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental.

Fato é que, até onde se possui conhecimento, o regime do corte compulsório de cabelo só é adotado nos presídios masculinos, parecendo ser antinômico, irrazoável e desproporcional essa discriminação com fundamento na prevenção de pragas, se as situações são idênticas e se outras medidas de higiene podem ser tomadas, como parecem ser nos presídios femininos.

Também caminha ao lado do direito à igualdade e à não discriminação o direito à liberdade de expressão e de religião.

A proteção à liberdade de religião, guindada ao plano de liberdade pública com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não se restringe ao direito constitucional de cada país, mas está cada dia mais visível nos tratados e convenções internacionais, sendo considerado direito fundamental integrante do rol dos direitos humanos.

Como afirma o estudioso MANOEL JORGE E SILVA NETO²⁵,

a opção por segmento religioso ou por não ter religião alguma (liberdade de crença), a liberdade para constituir novas organizações religiosas (liberdade de organização religiosa), bem assim o direito de expressar a crença por meio de rituais (liberdade de culto), adotando-se as liturgias que os indivíduos considerem aptas à manifestação de fé, todos esses direitos, indistintamente, só podem mesmo ser admitidos como direitos humanos, máxime porque se incorporam à pessoa humana pelo mero e simples fato da condição de ser humano.

²⁴ *Ibidem*, p.281.

²⁵ *Ibidem*, p.76.

A liberdade de religião, prevista nos arts. 5º, incisos VI, VII e VIII, e 19, inciso I, ambos da *Constituição Federal*, inclui a liberdade religiosa individual e a garantia de um Estado laico. Este princípio reflete tanto a vedação a que o Governo adote explicitamente ou privilegie uma determinada religião, quanto à proibição de que qualquer pessoa seja discriminada por conta da religião ou orientação escolhida.

A toda evidência, também a liberdade religiosa não é um direito absoluto, sendo certo que o próprio *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* prevê, como cita MANOEL JORGE E SILVA NETO²⁶, que “A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e a liberdade das demais pessoas.”

Porém, a par das possíveis limitações, alguns aspectos do direito à liberdade religiosa podem ser mantidos sempre, *mesmo encontrando-se reclusa a pessoa*. Como exemplo, a reza, o culto isolado e a manifestação por meio das características pessoais, como o cabelo, a barba e o bigode, no caso dos adeptos do judaísmo ou do chamado rastafarismo²⁷, direitos que só poderiam ser restringidos em prol de um valor constitucional mais relevante.

É importante ressaltar que o Brasil ratificou diversos Tratados Internacionais²⁸ que protegem, de forma direta ou indireta, os direitos acima mencionados.

Conforme explica o Professor e Ministro LUIS ROBERTO BARROSO²⁹,

após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004.

²⁶ *Ibidem*. p.81.

²⁷ “O rastafarianismo, também conhecido como movimento rastafári ou *Rastafar-I* (rastafarai) é um movimento religioso que proclama Hailê Selassiê I, imperador da Etiópia, como a representação terrena de Jah (Deus). Este termo advém de uma forma contraída de Jeová encontrada no salmo 68:4 na versão da Bíblia do Rei James, e faz parte da Trindade sagrada o messias prometido. (...) *Dreadlocks*. (...) Essa tradição religiosa Rasta também é fundamentada em diretrizes sagradas. O *Dread*, de forma abreviada, também serve para que sempre esteja ligado com o corpo, ou seja, cada *Dread* é ligado espiritualmente com alguma parte do corpo.” (http://pt.wikipedia.org/wiki/Movimento_rastaf%C3%A1ri#Dreadlocks.)

²⁸ O Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16.12.1966, bem como Convenções Internacionais da ONU.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), por exemplo, trata do direito à integridade pessoal no art. 5^o³⁰, da proteção da honra e da dignidade no art. 11³¹, e da liberdade de consciência e de religião no art. 12³². Por outro lado, no art. 27³³, que dispõe sobre suspensão de garantias, afirma-se que nem em caso de guerra, perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá suspender o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, à integridade pessoal, à proibição da escravidão e da servidão, o princípio da legalidade e da retroatividade, a liberdade de consciência e religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos, nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Por fim, vale ressaltar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL³⁴ já se manifestou no sentido de que os Tratados Internacionais que veiculam direitos humanos têm *status* de

³⁰ Artigo 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delincente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

³¹ Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

³² Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

³³ Artigo 27 – Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

³⁴ RE 466.343-SP.

norma supralegal e, os que forem aprovados de acordo com o procedimento previsto para as emendas à Constituição no §2º do art. 60 da CF/1988, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dá a importância de se analisar o conteúdo e alcance das restrições a direitos fundamentais, como o direito à igualdade, à integridade física e moral e à liberdade de religião, indiscutivelmente reconhecidos como direitos humanos, cuja proteção é hoje levada a debate em Tribunais Internacionais³⁵.

VI. Direitos e Deveres do Estado em Jogo

Parece não existir dúvidas de que é plenamente possível ao Estado *limitar com condicionamentos e/ou restringir* alguns direitos de detentos, máxime para priorizar políticas preventivas que visem a implementar medidas de saúde pública, inclusive da população carcerária.

Mais: é possível limitar e/ou, eventualmente, restringir totalmente o direito à imagem/identidade pessoal e à liberdade de religião, para resguardar o Poder Público do seu ônus irrenunciável de *proteção* à incolumidade do detento que está sob a sua custódia, bem assim do ônus de ser responsabilizado civilmente caso um detento ou mesmo um carcereiro ou uma pessoa visitante venha a ser contaminado com doenças transmissíveis.

Por expressa disposição constitucional, a vida e a saúde são direitos fundamentais e sociais INVOLÁVEIS do cidadão e, nos termos do *art. 196 da CRFB/1988*, é DEVER do Estado protegê-los, inclusive com medidas preventivas que reduzam o risco de contaminação de doenças.

Não fosse isso, digno repetir que também é dever do Estado garantir a incolumidade física e moral dos detentos (*art. 5º, XLIX da CRFB/1988*), protegendo-os, assim como aos guardas e aos visitantes, do contágio de doenças (*art. 14 da Lei de Execuções Penais*³⁶).

A propósito, importante citar a doutrina de INGO SARLET acerca do conceito da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* e da consequente obrigação do Poder Público de editar medidas e/ou políticas públicas para protegê-los:

³⁵ Conforme observaram CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA e OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES “Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dos inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos criados a partir de então, consolidou-se, efetivamente, no plano jurídico, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o reconhecimento da subjetividade jurídica internacional da pessoa humana. Diante dessa nova realidade, *qualquer atentado contra os direitos humanos configura questão de relevância internacional, e não apenas questão doméstica dos Estados*. Isso porque a nova concepção dos direitos humanos significa que quando estes são desrespeitados, toda a humanidade o é.” (O Princípio da Humanidade das Penas. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª edição. (Coords.) Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.442).

³⁶ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao *Estado*, por sua vez agregado à *perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*, diz com o reconhecimento de *deveres de proteção (Schutzpflichten)* do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na *obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.)*, com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.³⁷ – grifei.

A referida *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, portanto, pode ser desdobrada na *Teoria dos Deveres de Proteção*, oriunda da construção jurisprudencial alemã, por meio da qual se impõe ao Estado o dever de interferência em relações jurídicas privadas para salvaguardar e fomentar a aplicação dos direitos fundamentais.³⁸

Por outro lado, o próprio *art. 39, inciso IX, da Lei de Execuções Penais* (Lei nº 7.210/1984) dispõe ser *dever do condenado* manter “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”.

Há, assim, deveres do preso e do Estado em torno da mesma prevenção.

Fato é que, conforme já se analisou, as restrições ou limitações aos direitos fundamentais devem respeitar a dignidade da pessoa humana e atender, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, o que não está acontecendo com a imposição compulsória de corte de cabelo, barba e bigode de presos.

VII. Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade

Por tudo o que se viu até aqui, conclui-se que *os direitos fundamentais só podem ser suspensos ou restringidos em casos excepcionais*, sendo certo que a amplitude das restrições operadas pela legislação deve estar subordinada ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, além de não poder atingir o núcleo essencial do direito em questão.

Não é diferente em relação aos direitos dos presos, os quais, apesar de estarem subordinados a um *regime especial de sujeição*, podem e devem manter certos direitos fundamentais.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.143/150.

³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.468/469.

O princípio da proporcionalidade, segundo a moderna doutrina constitucionalista, é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação.

Resumindo as valiosas lições do Professor e Ministro LUIS ROBERTO BARROSO³⁹, a técnica da ponderação perpassa por três etapas, sendo a última a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) para a decisão do caso concreto. Confira-se:

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a *apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa* e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento das demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.

A primeira e a segunda etapas mencionadas por LUIS ROBERTO BARROSO foram realizadas, acima, por meio da identificação dos direitos fundamentais dos presos que estão em conflito direto com a norma da Portaria nº 1.191/2008-MJ, que determina o corte compulsório de cabelo, barba e bigode em prol da saúde pública. Percebe-se que os direitos fundamentais podem ser restringidos e, na terceira etapa da técnica da ponderação, o princípio da proporcionalidade irá conduzir à solução em relação a qual grupo de normas deverá prevalecer, e *por quê*.

Conforme sintetiza LUIS ROBERTO BARROSO⁴⁰, o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) se divide em três subprincípios: "(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão."

Assim, para compatibilizar, de um lado, a restrição à liberdade e a suspensão de direitos, autorizadas pela própria Constituição para o cumprimento da pena, e, de outro lado, o respeito à integridade física e moral dos presos, à imagem/identidade pessoal e à liberdade de expressão e de religião, direitos garantidos também pela Carta Magna, deve a restrição *in concreto* observar o princípio da proporcionalidade, em suas 3 dimensões:

³⁹ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.335-336.

⁴⁰ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: editora Saraiva, 1996, p.209.

1 – Proporcionalidade – Adequação: o corte de cabelo, barba e bigode de presos é uma medida que se mostra *apta* a atingir os objetivos pretendidos?

Esta medida pode sim *evitar* a proliferação de pragas, como o piolho, mas não é *apta*, sozinha, para garantir a higiene e a saúde dos presos e das pessoas que com eles se relacionam, como se percebe pela realidade dos presídios brasileiros.

Independente da existência ou não de piolho, a superlotação dos presídios, a falta de limpeza eficiente das celas, a falta de estrutura ou materiais para que os detentos tomem banho com regularidade, por exemplo, tudo isso pode ocasionar doenças, bem como a falta de higiene na cozinha pode causar intoxicações alimentares.

Nos dias atuais, o corte compulsório de cabelo de presos, de forma indiscriminada e com ampla divulgação nas mídias escrita e falada, acaba sendo medida que expõe o cidadão ao ridículo antes da formação de sua culpa por decisão judicial transitada em julgado (em franca violação do artigo 5º, inciso XLIX, da CRFB/1988) e, com isso, afeta a sua dignidade humana, vez que serve como *punição moral indireta*. Por isso, sob ângulo da adequação, não se afigura constitucional.

2 – Proporcionalidade – Necessidade: existe meio *menos gravoso* para atingimento dos fins visados?

Sem dúvida a higiene e a saúde das pessoas dentro dos presídios podem ser preservadas por *outros* meios que não agridam seus direitos fundamentais, como as medidas anteriormente mencionadas, notadamente a distribuição de medicamentos contra pragas e outros produtos para higiene, o corte constante de cabelos, entre outros.

Se assim não fosse, não estariam sendo preservadas a higiene e a saúde das detentas (mulheres), as quais, até onde se tem conhecimento, não são submetidas a qualquer tipo de corte obrigatório de cabelo ao ingressarem nos presídios femininos.

Por isso, também por este ângulo, inconstitucional se afigura o corte obrigatório e indiscriminado de cabelo, barba e bigode de pessoas conduzidas à reclusão, muitas vezes sem sentença condenatória.

3 – Proporcionalidade em Sentido Estrito: o ônus imposto aos detentos, muitas vezes atingindo sua identidade com uma religião, se justifica perante o *benefício* trazido para a coletividade? A resposta é negativa.

Veja-se que o único argumento que se tem utilizado no país para a compulsoriedade indiscriminada do corte de cabelo, barba e bigode dos presos é a prevenção e a infestação de parasitas e, assim, se garante a higiene e a saúde dos presos e das pessoas que com eles se relacionam. Porém, não se conhece, até onde a pesquisa para este trabalho alcançou, a existência de algum estudo com dados empíricos que comprove a redução de doenças a partir da adoção das referidas medidas.

Fato é que, ao raspar o cabelo, barba e bigode, num modelo “padrão” que não se justifica, e de modo compulsório, por vezes agressivo, avilta a dignidade pessoal

do detento, que tem violados os seus direitos à imagem/identidade pessoal⁴¹, à integridade física e moral, sem justificativa válida, razoável, sendo certo que, no caso de *transexuais, judeus ortodoxos e rastafáris*, a medida restritiva pode atingir o *núcleo essencial* dos direitos à identidade pessoal e à liberdade de expressão e de religião, não encontrando amparo na garantia de outro direito fundamental mais importante, de modo que a medida não passa pelo crivo do terceiro (e cumulativo) requisito para restrição dos direitos fundamentais.

VIII. Conclusão: Solução Intermediária

Em razão das considerações expostas, o regime de corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos detentos, da forma como está sendo realizada atualmente nos presídios brasileiros, não respeita a dignidade da pessoa humana e não vence o princípio da proporcionalidade. É, portanto, inconstitucional.⁴²

⁴¹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua “Câmara Especial”, nos autos da apelação cível nº 0533279-71.2010.8.26.0000 (voto 8.133), em julho de 2011, entendeu ser inconstitucional o corte indiscriminado de cabelos de jovens infratores: “APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Imposição de impedimento à Fundação Casa de raspar o cabelo dos adolescentes internados – Direito coletivo caracterizado – Adequação da ação civil pública – Legitimidade ativa da defensoria pública – Possibilidade jurídica – Inexistência de violação ao princípio da separação de poderes – Violação ao livre desenvolvimento da personalidade dos adolescentes e ao Direito à dignidade (um dos fundamentos da nossa República) – Pretensão respaldada em normas da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Possibilidade de cominação de multa diária à Fazenda Pública – Sentença mantida – Recurso a que se nega provimento”.

⁴² Mencione-se, a propósito, importante decisão da Suprema Corte da Colômbia a respeito do tema: “Sentencia T-1030/03

ACCION DE TUTELA – Ausencia de vulneración del debido proceso

DERECHOS DEL INTERNO – Relación especial de sujeción con el Estado

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO – Avances normativos tanto nacionales como internacionales

CARCEL Y PENITENCIARIA – Normas que regulan su funcionamiento

CARCEL Y PENITENCIARIA DE ALTA SEGURIDAD – Condiciones que deben tenerse en cuenta para expedir su reglamento interno

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Tratos degradantes/DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL INTERNO – Vulneración por rapado a su derecho a la identidad personal, a lucir ante los demás de una determinada manera. En este orden de ideas, el rapado de los internos constituye una práctica administrativa. En efecto, un examen del reglamento interno del centro de reclusión, evidencia que en ninguna parte se dispone ese corte de cabello. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Uso excepcional de esposas en determinados momentos y espacios/ ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Uso de esposas durante las visitas de apoderados y familiares es una medida desproporcionada”. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>.)

Em sentido oposto, valendo-se da técnica de ponderação de interesses constitucionais, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em maio de 2014, nos autos da apelação cível 0315505-67.2011.8.19.0001 – 5ª Câmara Cível, com a Relatoria do Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes (vencida a Des. Cristina Tereza Gaulia): “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA ATRAVÉS DA QUAL SE OBJETIVA SEJA DECLARADA A PROIBIÇÃO DE SUBMISSÃO DOS PRESOS SOB CUSTÓDIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DA

Porém, o Estado, uma vez detectada a necessidade concreta e efetivamente comprovada, como casos de piolho ou falta de higiene grave, pode e deve *limitar e/ou restringir* o exercício do direito à identidade pessoal e à liberdade de expressão e religião, com o fim de proteger a *saúde pública* e a *vida* (direitos fundamentais natos) não só dos detentos, mas também, dos carcereiros e dos visitantes.

Realizando-se uma *nova ponderação*, tem-se que, se justificada e densamente motivada (sobretudo tecnicamente) a importância de se adotar a medida do corte, no caso concreto (mas nunca genérica e indiscriminadamente), para preservar a saúde da coletividade dos presídios (direito fundamental à saúde), a restrição aos direitos fundamentais à imagem/identidade pessoal, integridade física e liberdade religiosa estará sendo idônea para garantir a sobrevivência do direito à saúde, sendo o ônus justificado pelo benefício.

Em razão do exposto, podem ser as ideias aqui lançadas sintetizadas da seguinte forma:

1 – é inconstitucional, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, o corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos presos, sem motivação, sobretudo de presos políticos, judeus ortodoxos, transexuais e rastafáris que se negam a se submeter à medida em virtude de crença religiosa ou orientação sexual;

2 – é recomendado que sejam esclarecidas a todos os detentos a finalidade e a importância do corte de cabelo, barba e bigode, podendo optar, consciente e voluntariamente, pelo corte;

3 – realizado o item 2, caso o detento se negue a cortar cabelo, barba e bigode, é possível e recomendável que assine “termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades”, com o fim de resguardar a atuação preventiva e lícita do Poder Público;

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA AO CORTE DE CABELO E DE BARBA COMPULSÓRIOS, BEM ASSIM A CONDENAÇÃO DO ENTE ESTATAL EM OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MATERIAL PARA A MANUTENÇÃO DO ASSEIO PESSOAL DOS PRESOS CUSTODIADOS NAS UNIDADES PRISIONAIS SOB A RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS REFERIDOS, EM FREQUÊNCIA E QUANTIDADE COMPATÍVEIS COM DITA FINALIDADE. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PRESERVAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E/OU INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ARTIGO 5º DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI 11.448/07). DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE OS INTERNOS DO SISTEMA PRISIONAL ESTADUAL SUBMETEREM-SE A CORTES PERIÓDICOS DE CABELO E BARBA. MEDIDA QUE NÃO IMPLICA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL, PRIVACIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE INTEGRAM O ELENCO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO BRASILEIRO. EMPREGO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ASSEIO PESSOAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA, O QUE PERPASSA PELO CORTE DE CABELO E BARBA, QUE CONSTITUI PROVIDÊNCIA INDISPENSÁVEL AO CONTROLE DA PROLIFERAÇÃO DE PRAGAS E DOENÇAS, QUE, SABIDAMENTE, ENCONTRAM CONDIÇÕES PROPÍCIAS EM GRANDES AGLOMERAÇÕES. DIREITO DE TODA A POPULAÇÃO CARCERÁRIA, DOS FUNCIONÁRIOS QUE LÁ DESEMPENHAM SUAS FUNÇÕES, E PORQUE NÃO DIZER, DA PRÓPRIA COLETIVIDADE, A UM AMBIENTE SADIO, MANTENDO-SE UM NÍVEL MÉDIO DE HIGIENE, COM A CONSEQUENTE DIMINUIÇÃO DO RISCO DE DOENÇAS, SEM QUE TAL IMPLIQUE INDIGNIDADE DO PRESO. PROVIDÊNCIA QUE, ADÉMAIS, PERMITE A MANUTENÇÃO DA ORDEM E DISCIPLINA NO INTERIOR DAS UNIDADES PRISIONAIS, BEM ASSIM A DIGNA APRESENTAÇÃO PESSOAL DO PRESO PERANTE SEUS PARES E SEUS FAMILIARES. DEVER DO ESTADO DE FORNECER ASSISTÊNCIA MATERIAL PARA A MANUTENÇÃO DO ASSEIO PESSOAL DAQUELES QUE ESTÃO SOB A SUA CUSTÓDIA (KIT HIGIENE). RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.”

4 – na hipótese do item 2, caso o preso opte voluntariamente pelo corte, devem ser utilizadas máquina de pente nº 02 (dois) ou tesoura, bem como apenas aparados barba e bigode, de modo a não desfigurar sua identificação física e, com isso, atingir sua dignidade humana;

5 – é constitucional a adoção da medida, coercitivamente, apenas em casos excepcionais e devidamente motivados à luz de outros valores constitucionais (casos de epidemias que exponham a risco a saúde da população carcerária etc.), ressalvada a proibição de excessos ou agressões físicas ou verbais, caracterizando-se abuso de direito;

6 – Em nenhuma circunstância, deverá o Estado permitir que pessoas que tiverem o cabelo, barba ou bigode cortados sejam expostas à divulgação pública, sobretudo ante a inexistência de decisão judicial transitada em julgado, circunstância que poderá (a depender do caso concreto) representar ofensa à honra e à imagem.

Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução

Contract Procedure and Execution Proceedings

Fredie Didier Jr.*
Antonio do Passo Cabral**

Sumário

1. Considerações Introdutórias. 2. Disponibilidade da Execução. 3. Autonomia da Vontade e Execução. A Execução como Ambiente Mais Propício à Celebração de Convenções Processuais. 4. Vantagens dos Negócios Jurídicos Executivos. 5. Objeto Possível. Negócios Jurídicos Processuais Típicos e Atípicos. 6. *Pactum de Non Exequendo*. 7. Negócios Jurídicos Processuais e Título Executivo Extrajudicial. 8. Negócio Jurídico Processual que Verse sobre o Poder Geral de Efetivação do Julgador. Negócios Jurídicos sobre os Meios Executivos. 9. Negócios Jurídicos Processuais sobre a Penhorabilidade. 9.1. Premissa. 9.2. Os Negócios Jurídicos sobre a Responsabilidade Patrimonial e a Penhorabilidade. 10. Negócios Jurídicos Processuais e Ordem de Bens a Penhorar. Pacto de Prelação. 11. Negócios Jurídicos Processuais e Procedimentos Especiais Executivos. 12. Acordo sobre as Formas de Comunicação Processual. 13. Escolha Convencional do Depositário e do Avaliador. 14. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O artigo debate o tema das convenções processuais e a atividade executiva, analisando a cláusula geral do art. 190 do CPC e a admissibilidade de negócios processuais atípicos no cumprimento de sentença e no processo de execução.

Abstract

The article debates contract procedure and execution, analyzing the general norm of article 190 of the new Brazilian Code of Civil Procedure and the possibility of contracting for procedure in enforcement proceedings.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Convenções processuais. Execução.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente da USP. Professor-associado da Faculdade de Direito da UFBA. Advogado. Consultor jurídico.

** Pós-doutorado pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Doutor em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador da República. Livre-docente da USP. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ.

Keywords: *Contract procedure. Execution and enforcement proceedings.*

Áreas do Direito: Processual. Civil.

1. Considerações Introdutórias

Sobre¹ o tema das convenções processuais em execução, já se encontrava referência na literatura mais antiga do direito estrangeiro.² Não obstante, foi notado na doutrina que o interesse acadêmico e prático pelos negócios jurídicos processuais executivos não era tão comum quanto em relação aos negócios das partes em outros tipos de processo, especialmente no processo de conhecimento.³ E, na doutrina brasileira, vemos uma lacuna quase absoluta em torno do tema. Apesar disso, um exame superficial da legislação permite constatar que, também em relação ao processo de execução, podem ser observadas várias convenções processuais sobre a condução da atividade executiva.⁴

De fato, tanto antes de a execução começar, como no seu curso, as partes podem negociar a respeito de diversos aspectos do procedimento executivo e das suas situações jurídicas processuais.⁵

O tema, no Brasil, ganhou forte impulso por conta do art. 190 do CPC, que consagrou uma cláusula geral de negociação processual, que permite a formulação de negócios processuais atípicos.

Aliás, os arts. 190 e 139, IV, do CPC, são as duas grandes mudanças em tema de execução promovidas pelo CPC/2015. Este ensaio cuidará do art. 190, dedicando especial atenção aos negócios jurídicos processuais atípicos que dizem respeito à execução.

De logo cabe fazer uma advertência: a validade dos negócios processuais atípicos na execução não escapa ao regramento geral previsto no art. 190 do CPC. A doutrina brasileira já tem produzido muita coisa sobre os limites dessa negociação atípica, tudo isso aplicável aos negócios processuais na execução⁶. Este ensaio não se ocupará desse ponto, portanto.

¹ Este *artigo* é também resultado dos grupos de pesquisas “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053), “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e também cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9009555729002032).

² BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900, p.549 e ss.; Hellwig, Konrad. *Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto von Gierke*, vol. II, 1910, p.80.

³ EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, out. 1969, p.417.

⁴ Também assim no estrangeiro. Cf. HAU, Wolfgang. In: WOLF, Manfred; LINDACHER, Walter F.; PFEIFFER, Thomas (Org.). *AGB-Recht Kommentar*. 6ª ed. München: C.H.Beck, 2013. p.2205 e ss.; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 10ª ed. München: F. Wahlen, 2014. p.109.

⁵ Mortara os admitia, mesmo sendo ele um autor ideologicamente contrário à figura do acordo processual. Cf. MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. 3ª ed. Milano: Francesco Vallardi, 1923. vol. II. p.554.

⁶ A propósito, GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 1, nº 1, out./dez. 2007, p.11; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016; DIDIER JR., Freddie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo*

2. Disponibilidade da Execução

O exequente pode dispor da execução (ou do cumprimento de sentença – arts. 771 e 513 do CPC –, quer não executando o título executivo, quer desistindo, total ou parcialmente, da demanda executiva já proposta, quer desistindo de algum ato executivo já realizado – uma penhora, por exemplo). A execução realiza-se para atender ao interesse do exequente e, assim, cabe a ele o direito de dispor da execução.⁷

O art. 569 do CPC/1973 previa o direito de o credor dispor da execução. O art. 775, CPC/2015, deixa claro ser esse um direito do exequente enquanto parte ativa da execução. A ressalva é importante, na medida em que o exequente não é necessariamente o credor, a exemplo do que ocorre quando é parte ilegítima ou quando sua legitimação é extraordinária.

O exequente pode desistir de toda a execução ou de algum ato executivo independentemente do consentimento do executado, mesmo que este tenha apresentado *impugnação ou embargos à execução* (defesa do executado), ressalvada a hipótese de essa defesa versar sobre questões relacionadas à relação jurídica material (mérito da execução), quando a concordância do executado (impugnante/embargante) se impõe (art. 775, parágrafo único, II, do CPC).

Se não for apresentada a defesa, ou quando ela se restringir a questões processuais, não há necessidade do consentimento. Nesse caso, manifestada a desistência, haverá extinção da execução e, igualmente, dos embargos à execução ou da impugnação.

Observe-se que o consentimento do executado, quando cabível, se impõe apenas se se tratar de desistência do procedimento executivo; se a desistência se restringir a um ato executivo, e não a todo o procedimento, não há necessidade de o executado dar a sua anuência.

Perceba-se que, na fase executiva, o regramento da desistência é diferente daquele previsto na fase de conhecimento, em que a concordância do demandado é exigida sempre que houver contestação (art. 485, §4º, do CPC), não fazendo a lei referência a nenhum conteúdo específico da defesa.

Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, ano 1, abr./jun. 2016, p.59-84; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; REZENDE, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo*. São Paulo: LTr, 2015; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções processuais e o Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017; YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017; 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 de processo*. Salvador: JusPodivm, 2017; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁷ Carnelutti já chamava a atenção para a diferença entre o direito do exequente de deflagrar a execução e lançar mão dela para a satisfação do seu crédito e os poderes do Estado de fazer cumprir o comando do título. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006. p.252 e ss., p.264 e ss.

Com a desistência, cabe ao exequente arcar com as despesas processuais, inclusive os honorários advocatícios (CPC, arts. 90 e 775, I).

Esse sistema sofre, porém, algumas mitigações. Há, por exemplo, procedimentos executivos que podem ser instaurados *ex officio*, como a execução de sentença que impõe obrigação de fazer e de não fazer e a execução de sentença trabalhista (nesse caso, quando a parte não estiver representada por advogado, nos termos do art. 878 da CLT). Poderá o exequente vir a desistir dessas execuções posteriormente, mas a instauração do procedimento executivo dá-se por atuação oficial.

A desistência da execução ou de uma medida executiva é negócio jurídico processual unilateral *típico* e tradicional em nosso Direito positivo. Ele serve como principal diretriz para o exame do art. 190 do CPC na execução civil. Isso porque ele aponta a premissa que orienta toda a atividade executiva: a disponibilidade da execução.

3. Autonomia da Vontade e Execução. A Execução como Ambiente Mais Propício à Celebração de Convenções Processuais

Posta essa premissa, devemos indagar se, no processo de execução, haveriam de ser permitidos negócios processuais das partes.⁸

Cabe aqui verificar se podemos aplicar a mesma *ratio* que já defendemos para o processo de conhecimento, autorizativa dos negócios jurídicos (*in dubio pro libertate*)⁹; ou se haveria alguma característica da execução que nos levasse a concluir pela inadmissibilidade ou pela maior dificuldade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. O cerne do debate volta, como era esperado, à tensão entre publicismo e privatismo.

Desde logo, devemos lembrar que a atividade executiva é permeada pela autonomia das partes, moldada na síntese do princípio dispositivo e do princípio do debate: o exequente pode a ela renunciar por completo; salvo exceções, a execução não se inicia de ofício; a faculdade de desistência é ampla, muito maior que no processo cognitivo, como já visto¹⁰.

Além disso, a execução é plena de uma variedade de atos negociais de oferta de bens, concorrência pública nos leilões, avaliação etc., o que atrai um viés mais privatista, ao ponto de o exequente ser frequentemente referido como o “senhor” da execução.

Enfim, tudo indica uma prevalência dos interesses privados sobre os interesses públicos, o que conspira a favor da permissibilidade à vontade das partes para conformar, em alguma medida, as formas e atos da execução¹¹.

⁸ ROQUETTE, Hermann. Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol.49, 1925, p.161-162.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. vol. 1. p.437; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁰ STÜRNER, Rolf. Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 99, nº 3, 1986, p.298 e ss.

¹¹ BOHN, Karlheinz. Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 69, nº 1, 1956, p.24-25.

Por outro lado, a atividade executiva, tradicionalmente referida como “execução forçada”, traz forte caráter público e cogente no sentido de que serve para o Estado,¹² com seu poder de império,¹³ impor o cumprimento das suas decisões e dos demais títulos executivos em geral.¹⁴ O interesse público seria prevalente¹⁵ pela intensidade de interferência no patrimônio – e até mesmo na liberdade – do executado. Esse cenário publicista, se levado às últimas consequências, poderia fazer compreender a execução como uma atividade de total controle estatal e de prevalência absoluta dos interesses públicos, afinal, a efetivação do comando do título executivo faz respeitar o poder do Estado de dizer o direito.¹⁶ Assim, qualquer negócio jurídico processual que defina o procedimento ou situações jurídicas na execução representaria um retorno indevido ao privatismo romano.

Essa discussão parece derivada da compreensão da natureza das relações jurídicas processuais na execução. Muitos autores enxergam nas relações entre o Estado e cada uma das partes um cariz fortemente publicista e um quadro de total ausência de consenso. Por ser “forçada”, a execução significaria a frustração do adimplemento voluntário.¹⁷ Sem consenso, a atividade executiva se estruturaria num feixe de relações jurídicas públicas, que justificaria o uso da força estatal em favor do exequente, com o ingresso forçado no patrimônio e na liberdade do executado.¹⁸ E essas relações jurídicas seriam diversas daquelas existentes entre exequente e executado (ou entre credor e devedor), que podem ser de natureza privada. Nessa ordem de ideias, seria de rejeitar-se uma “execução negociada”, já que efeitos processuais raramente poderiam ser dominados pela vontade das partes.¹⁹

Entendemos que, na execução, não há uma hierarquia entre interesses públicos e privados; tampouco uma preordenação entre autonomia das partes e atuação estatal. Deve ser lembrado que, desde o limiar da Idade Contemporânea, a humanização da execução fez com que os poderes do Estado e a visão autoritária do indivíduo como objeto da atividade estatal fossem abandonados na execução, numa virada da tutela executiva mais orientada para as partes, não para o Estado.²⁰

De outro lado, o contraponto que se pode fazer é que, se o exequente é o “senhor da execução”, o juiz não é seu servo.²¹ O processo abarca interesses públicos

¹² Na Alemanha, forte argumentação a respeito encontra-se em STEIN, Friedrich. *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*. Tübingen: Mohr, 1913. p.6.

¹³ RINCK, Ursula. *Partevereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht in der Zwangsvollstreckung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996. p.31, 37.

¹⁴ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 13ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p.122-123.

¹⁵ Sobre o tema, confira-se a crítica de SCHUG, Christel. *Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages*. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität: Tese de doutorado, 1969. p.31 e ss.

¹⁶ Na linha publicista sobre a execução, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.93, 109, 190, 239.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p.224.

¹⁸ SCHUG, Christel. *Op. cit.*, p.107 e ss.; RINCK, Ursula. *Op. cit.*, p.51 e ss.

¹⁹ BOHN, Karlheinz. *Op. cit.*, p.22.

²⁰ JAUERNIG, Othmar. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 21ª ed. München: C.H.Beck, 1999. p.138; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, cit., p.32-33, 167.

²¹ Como lembra bem WIESER, Eberhard. Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 41, nº 11, mar. 1988, p.665.

e privados em equilíbrio, e por isso não se pode nem adotar um extremo nem outro: nem uma total liberdade à moda da contratação no direito privado, nem uma proibição principiológica do processo executivo convencional.²² Reconhecer que as partes tenham alguma margem de conformação negocial do procedimento não significa uma volta ao privatismo romano.²³

A questão passa a ser menos de admissibilidade dos negócios jurídicos processuais que de seus limites, isto é, da intensidade na qual a autonomia das partes pode conformar o processo executivo, até porque muitas vezes a disponibilidade sobre as situações processuais em execução pode depender dos sujeitos potencialmente beneficiados e prejudicados, e se há espaços normativos em que a negociação deva ser restringida em favor de outros bens jurídicos.²⁴

E, como dito anteriormente, a execução é pautada pelo princípio dispositivo, verificando-se diversas faculdades de disposição para o exequente.²⁵ A autonomia dos litigantes, que também se projeta na execução, engloba a possibilidade de definir negocialmente efeitos jurídicos, moldando o procedimento de acordo com as prioridades e interesses dos acordantes.²⁶

Assim, é errado imaginar que toda execução deve ser imposta, “forçada”, fundada em interações próprias da autoridade e dominação. É possível incorporar a lógica negocial, própria do processo cooperativo (arts. 3º, §2º, 5º e 6º, do CPC), também na execução. A execução pode não ser “forçada”, mas negociada, pelo menos em alguns de seus aspectos.²⁷ O termo “execução negociada”, compreendida a “execução” em termos amplos como “efetivação” ou “implementação” da decisão, significa implantação acordada do comando estampado no título executivo, uma *soft judicial execution*.²⁸

4. Vantagens dos Negócios Jurídicos Executivos

Ultrapassada a questão da sua admissibilidade na execução, cabe fazer breve referência às vantagens que os negócios jurídicos executivos trazem ao direito processual.

²² GAUL, Hans Friedhelm. Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung. *Juristische Schulung*, 1971. p.348; RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935. p.20-28.

²³ Como afirmam com razão RINCK, Ursula. *Op. cit.*, p.64 e ss., p.107 e ss.; BOHN, Karlheinz. *Op. cit.*, p.22.

²⁴ STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p.298.

²⁵ STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p.298 e ss.

²⁶ WIESER, Eberhard. *Op. cit.*, p.665; DE BOOR, Hans Otto; ERKEL, Günther. *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich*. 2ª ed. Wiesbaden: Th.Gabler, 1962. p.35. O trabalho de Oskar Hochgräfe (*Vollstreckungsverträge*. Quakenbrück: Trute, 1938), no qual essa conclusão também aparece na p.15 e ss., é considerado por Gerhard Wagner (*Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. p.730, nota 99) um verdadeiro plágio. Wagner comparou o conteúdo e disse que é praticamente o mesmo do trabalho da Raatz, aqui citado, com algumas inserções a respeito da obra clássica de Schiedermair. Por esse motivo, não consideraremos o texto de Hochgräfe.

²⁷ Essa tese foi defendida, no Brasil, por Eduardo José da Fonseca Costa para a execução de decisão que determina a implantação de políticas públicas. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 212, ano 37, out. 2012, p.44 e ss.

²⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p.41.

De início, a vantagem mais evidente é a adaptabilidade das medidas executivas às necessidades dos litigantes.²⁹ Essa flexibilidade confere aos litigantes um poderoso mecanismo de adequação dos atos do processo aos seus interesses materiais e às zonas de interesse processual legítimas que sejam objeto de consenso. A lei atribui às partes a prerrogativa de adaptar as formas do processo executivo, o que pode representar um ganho procedimental em termos de efetividade.

Outra vantagem é a previsibilidade, reduzindo-se a incerteza sobre o resultado e minimizando riscos, o que é bom para todos os litigantes. Do lado do exequente, antecipa-se o procedimento para dar cumprimento ao título executivo com menos riscos e mais certeza do resultado; do lado do executado, por exemplo, previne-se um ingresso inadvertido em seu patrimônio, a penhora inesperada de um bem de grande utilidade, e até uma possível perda de credibilidade com outros credores no tráfego das relações jurídicas.³⁰

Cabe salientar, ainda, que a negociação processual na execução é importante para o tráfego das relações comerciais porque fomenta a consensualidade.

De fato, como lida com relações empresariais, constantemente exequente e executado são partes em muitos outros contratos, são efetivos parceiros comerciais, e, para além de resolverem aquele caso, importa a manutenção da capacidade econômica de uns e outros para todas as demais relações de direito material entre eles, atuais e futuras. Especialmente para aqueles devedores que passam por dificuldades financeiras temporárias, é importante que o processo de execução se desenvolva de modo a satisfazer o título, mas também permitir que o executado continue com suas atividades. E isso interessa também ao exequente, sobretudo nos casos em que as partes possuem diversas relações jurídicas ou negócios de médio e longo prazo. Assim, arruinar o executado não é nem objetivo da execução, nem seria talvez um perverso interesse do credor, porque tal orientação estratégica poderia repercutir negativamente nos próprios negócios. É o que Jauernig chamava de “efeito bumerangue”.³¹

Nesse sentido, os acordos executivos atendem a interesses tanto do exequente como do executado, podendo ser mecanismos úteis para equilibrar as exigências processuais da execução com a manutenção dos laços sociais estremecidos com o conflito.³²

A definição acordada do procedimento permite uma solução cooperativa e dialógica também na atividade executiva. Essa utilidade das convenções processuais é especialmente importante pela concepção, ainda encontrada na doutrina, de que o processo executivo, ao contrário do processo cognitivo, não teria contraditório prévio entre as duas partes. A execução seria um processo de um lado só,³³ no qual o

²⁹ RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.13.

³⁰ BOHN, Karlheinz. *Op. cit.*, p.21.

³¹ JAUERNIG, Othmar. *Op. cit.*, p.139.

³² Essa vantagem econômica dos negócios processuais em execução foi notada por RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.11.

³³ STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, p.10.

contraditório é garantido ao executado apenas num segundo momento.³⁴ É verdade que, nas últimas décadas, essa linha de pensamento está em franco declínio – no Brasil, por exemplo, já não se fala nisso há muitos anos –, mas de toda sorte os acordos em execução vêm neste mesmo sentido, favorecendo a colaboração e fortalecendo o diálogo em contraditório.

Por fim, cabe lembrar que os negócios jurídicos processuais em execução, quando firmados após a instauração do processo, costumam ter como objetivo reduzir o seu tempo de duração, atuando o princípio da duração razoável do processo, auxiliando também ao atribuir à tramitação um grau maior de previsibilidade em relação ao tempo de duração.

Além disso, os acordos executivos, também em razão da maior previsibilidade que emprestam ao procedimento, reduzem os riscos de inadimplemento,³⁵ tão frequentes na execução e que são retratados, ao redor do mundo, como uma das grandes causas de ineficiência da tutela executiva.

5. Objeto Possível. Negócios Jurídicos Processuais Típicos e Atípicos

Muito já se discutiu sobre o objeto possível dos negócios jurídicos executivos, se poderia dispor sobre a penhorabilidade futura³⁶ ou sobre as garantias do crédito e características do título (e os limites da disponibilidade sobre ele).³⁷ Para alguns autores, o objeto dos negócios jurídicos executivos seria, em maior ou menor medida, sempre a exequibilidade de um documento.³⁸

O espectro de negócios jurídicos processuais que podem ser celebrados em execução é muito variado. É possível haver negócios jurídicos unilaterais e convenções processuais. Os acordos podem ser convenções dispositivas, e terem como escopo estipular a regra de procedimento (por exemplo, acordo sobre a competência executiva ou sobre os bens penhoráveis), como podem também ter por objeto uma situação jurídica processual, quando as partes deliberam a respeito de um agir ou não agir no processo (por exemplo, o *pactum de non exequendo*). Em qualquer caso, o negócio jurídico cria vínculos de natureza processual que impõem deveres entre os convenientes.³⁹

No CPC/2015, é possível verificar negócios processuais típicos e atípicos. O foco deste artigo é o exame dos negócios jurídicos processuais atípicos. Uma de nossas premissas é a de que a execução é o ambiente mais propício à celebração de negócios jurídicos processuais. Como reforço dessa premissa, utilizamos a regra da disponibilidade da execução como uma diretriz do nosso sistema.

³⁴ Posicionamento ainda hoje verificado na melhor doutrina alemã: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Op. cit.*, p.65 e ss.

³⁵ RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.13-14.

³⁶ DITTRICH, Hans. *Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse*. Heidelberg: Tese de doutorado, 1908. p.31.

³⁷ ROQUETTE, Hermann. *Op. cit.*, p.160; REICHEL, Hans. *Gewillkürte Haftungsbeschränkung. Festschrift für Georg Cohn*. Zürich: Orell Füssli, 1915. p.205 e ss.

³⁸ RINCK, Ursula. *Op. cit.*, p.47, 144 e ss.

³⁹ SCHUG, Christel. *Op. cit.*, p. 121, 153.

Outro reforço dessa nossa premissa é a existência de inúmeros negócios jurídicos processuais *típicos* que dizem respeito à execução. Nosso propósito não é, neste momento, examinar esses negócios típicos.⁴⁰ A ideia é trazer uma lista deles, para robustecer as nossas premissas.

Além da desistência da execução ou de meio executivo, negócios típicos já examinados, identificamos, apenas no CPC e sem pretensão de exaustividade, os seguintes negócios jurídicos processuais executivos: a) foro de eleição (art. 781, I); b) pacto de impenhorabilidade (art. 833, I); c) contratos com garantia real, como a hipoteca, penhor, alienação fiduciária e anticrese, que produzem a eficácia processual do art. 835, §3º; d) escolha do executado como depositário do bem penhorado (art. 840, §2º); e) escolha do depositário e da forma de administração do bem penhorado, no caso de penhora de empresa, outros estabelecimentos ou semoventes (art. 862, §2º); f) escolha de depositário-administrador no caso de penhora de frutos e rendimentos (art. 869); g) acordo de avaliação do bem penhorado (art. 871, I); h) opção do executado pelo parcelamento, que é um negócio unilateral de eficácia mista, material e processual (art. 916);⁴¹ i) a suspensão negocial da execução (art. 921, I, c/c art. 313, II; e art. 922).

Trataremos neste texto apenas de negócios jurídicos processuais atípicos.

6. *Pactum de Non Exequendo*

O *pactum de non exequendo* é o negócio executivo unilateral pelo qual o credor ou um legitimado extraordinário compromete-se a não requerer a execução de um título executivo.⁴² É uma hipótese específica de *pactum de non petendo*⁴³.

O efeito da promessa de não executar é que subsiste a pretensão cognitiva, enquanto a pretensão executiva não será admissível em juízo, o que é possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva.

⁴⁰ Também não é nosso objetivo, pelo mesmo motivo, classificar os negócios jurídicos processuais. Limitamo-nos a referir brevemente algumas já esboçadas. A mais interessante tipologia parece-nos aquela de Schug, que diferencia os acordos processuais a partir de uma concepção funcional de cada tipo de negócio jurídico. SCHUG, Christel. *Op. cit.*, p.63 e ss., p.90 e ss., p.108 e ss., p.148 e ss., 171 e ss. Entre as inúmeras classificações encontradas na doutrina que já tratou do tema, é comum separarem-se os negócios jurídicos em execução de acordo com os sujeitos cujas prerrogativas são atingidas. SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971. p.61-62; RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.6 e ss.; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Op. cit.*, p.110; BOHN, Karlheinz. *Op. cit.*, p.20; GAUL, Hans Friedhelm. *Op. cit.*, p.347; EMMERICH, Volker. *Op. cit.*, p.418 (Obs.: Existe um erro de formatação que faz com que as páginas desta edição da ZZZ sejam renumeradas em três páginas justamente nesse artigo. Utilizaremos a observação entre parênteses como referência à página da edição impressa, aqui p.414). Aqueles que optam por classificar os pactos processuais executivos dessa forma ressaltam uma especial proteção para o executado, e, portanto, a classificação teria a utilidade de delinear desde logo um critério para analisar a sua admissibilidade.

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016, no prelo. p.9-10; FARIA, Marcela Kolbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.427 e ss.

⁴² CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015, p.47

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli: Jovene, 1965. p.107.

O pacto de não execução é muito antigo, já tendo sido estudado pela doutrina clássica no direito estrangeiro.⁴⁴ De fato, já se admitiram exclusões temporárias de execução (por certo tempo⁴⁵ ou até uma data certa⁴⁶). Ou ainda a exclusão somente da execução provisória (exigindo a coisa julgada⁴⁷) – pacto, aliás, muito comum e útil;⁴⁸ ou ainda diante de específicas circunstâncias.

Não obstante, alguns autores, como Kohler, enxergavam que tal cláusula teria natureza material, importando renúncia ao direito de crédito e transformação da obrigação em obrigação natural⁴⁹. Por esse motivo, muitos autores restringiam o *pactum de non exequendo*, partindo da premissa de que essa convenção significaria sempre uma renúncia prévia ao direito material, e, por conseguinte, sua completa inexecuibilidade.

Mas as objeções ao *pactum de non exequendo* iam além, pois aqui e ali se defendia a impossibilidade de renunciar-se integralmente à execução sem que se possa prever o prejuízo disso decorrente. Sustentava-se que uma exclusão total da exequibilidade só seria possível se o título já existisse, e então se pudesse razoavelmente antecipar as consequências da renúncia⁵⁰. Entendia-se, portanto, que os negócios jurídicos executivos que excluíssem a execução como um todo deveriam ser sempre condicionados a essa previsibilidade ou submetidos a termo⁵¹.

Em nosso entendimento, deve-se diferenciar o *pactum de non exequendo* da renúncia ao crédito.

É que a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitória, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação. Pode-se ainda protestar a sentença (art. 517 do CPC) ou fazer inserir o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, pressionando-o ao adimplemento (art. 782, §3º, do CPC). Isso é possível porque os atos de disposição

⁴⁴ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.451 e ss.

⁴⁵ EMMERICH, Volker. *Op. cit.*, p.418 (p. 414). Na jurisprudência alemã: OLG Hamm MDR 1968, 333; LG Bielefeld, JW 1933, p.1904.

⁴⁶ RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.7; JAUERNIG, Othmar; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: C.H.Beck, 2010. p.5.

⁴⁷ SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.46 e 54; BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F. Wahlen, 1987. p.109; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 16ª ed. München: C.H.Beck, 2004. p.421.

⁴⁸ Admitindo expressamente esse negócio jurídico processual, o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

⁴⁹ KOHLER, Josef. *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894. p.165: "Letztere Verträge über vollständigen Ausschluss der Execution geben über das prozessualische hinaus: sie brauchen den Anspruch civilistisch, sie machen hin reaktionsunfähig, sie machen hin zu einen naturalen Anspruch". Mais recentemente, SILVA, Paula Costa e. *Op. cit.*, p.473 e ss.

⁵⁰ Assim, tal disposição ampla não seria possível antes da formação do título. Cf. STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p.299. Na jurisprudência alemã: BGH NJW 1955, 1556; BGH JZ 1955, 613; BGH NJW 1991, 2296.

⁵¹ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935. p.93 e ss.; SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.62-63, p.112 e ss.

não devem representar necessariamente uma renúncia ampla a toda forma de acesso à justiça. Os titulares dos direitos podem dispor somente de um ou alguns meios para obter o adimplemento.⁵²

Nesse sentido, o *pactum de non exequendo* tem natureza processual.

De qualquer maneira, são vários exemplos que mostram que o pacto de não execução não necessariamente leva à renúncia do direito material.

7. Negócios Jurídicos Processuais e Título Executivo Extrajudicial

O art. 190 do CPC autoriza que as partes firmem convenções processuais atípicas.

Uma das questões que deve ser enfrentada pela doutrina e pelos tribunais é a da possibilidade de as partes firmarem negócio jurídico processual em torno do título executivo extrajudicial.

Há duas possibilidades básicas. Primeiro, poderiam as partes convencionar para *retirar* a eficácia de título executivo de algum documento que conste da lista do art. 784 do CPC, porque a executividade de um título é efeito que se encontra no âmbito da disponibilidade do credor, que pode, inclusive, optar por não promover a execução. As partes podem, por exemplo, decidir que o título serve apenas à ação monitoria. O art. 785 do CPC, que permite ao sujeito que possua título executivo propor ação de conhecimento, em vez de ação de execução, reforça esse entendimento.

A segunda variante é mais controversa. Trata-se de uma convenção sobre a exequibilidade de um determinado documento, uma disposição negocial determinando que um documento é válido e eficaz para a instauração da atividade executiva.⁵³ Em alguns países, admite-se, nos limites estabelecidos em lei, a inserção da cláusula executiva em contratos com efeito atributivo de exequibilidade.⁵⁴

⁵² Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p.13-14. Equivocado, no ponto, SCHREIBER, Klaus. *Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977, p.411.

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p.14-15.

⁵⁴ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Op. cit.*, p. 22 e ss.; SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.45. Mas a resposta a essa questão varia muito no direito comparado. Na Itália, a parca literatura que se debruçou sobre o tema não admite a submissão convencional à execução. CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p.107. Na Alemanha, por outro lado, é válida a submissão convencional à execução, utilizada nos contratos notariais para dispensar o credor da cognição. Além disso, no sistema alemão, qualquer transação é exequível, embora comumente, antes da execução, exija-se uma certificação ou confirmação por um órgão público (que vai fazer um primeiro juízo sobre a validade da convenção). SAENGER, Ingo. *Die Klausel als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Juristische Schulung*, nº 32, 1992, p.861 e ss.; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Op. cit.*, p.60 e ss. Mas essas convenções devem respeitar ainda outros requisitos: 1) o acordo tem que ser celebrado perante um tribunal alemão, isto é, não são admissíveis as convenções pré-processuais (DE BOOR, Hans Otto; ERKEL, Günther. *Op. cit.*, p.27-28; BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Op. cit.*, p.177; BLOMEYER, Karl. *Zwangsvollstreckung*. 2ª ed. Berlin: Walter De Gruyter, 1956. p.34-36, p.154-155), inclusive para as execuções de obrigação de não fazer (confira-se PASTOR, Wilhelm L. *Die Unterlassungsvollstreckung nach §890 ZPO: Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungstiteln*. 2ª ed. Köln: Carl Heymanns, 1976. p.12-13); 2) a avença tem que ser instrumentalizada por uma transação, vale dizer, deve ser feita durante a litispendência, com o conflito já ajuizado; 3) as partes da transação devem ser as mesmas do processo executivo. Não obstante, pode haver participação de um terceiro na avença, e a doutrina se divide se, para o terceiro, faz-se necessária capacidade postulatória (BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Op. cit.*, p.52. Com apoio no BGH, Baur-Stürner-Bruns negam a necessidade de advogado. Cf. BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Op. cit.*, p.179). Se o terceiro participar da convenção, pode depois promover a execução ou ser executado em

No Brasil, poderiam as partes convencionar para *atribuir* a eficácia de título executivo de algum documento que *não* conste da lista do art. 784, CPC? Embora a doutrina normalmente negue tal possibilidade,⁵⁵ parece-nos que sim, também. O rol de títulos executivos extrajudiciais do Direito brasileiro é basicamente formado por atos jurídicos, todos eles produtos do exercício do poder de autorregramento da vontade⁵⁶.

Observe-se ainda que o prestígio da vontade das partes reforça o devido processo legal, sobretudo quando se nota que há casos de título executivo extrajudicial sem expressa manifestação de vontade do executado – duplicata sem aceite, certidão de dívida ativa e certidão expedida por serventia notarial ou de registro, por exemplo.

A partir do momento em que o CPC, no art. 190, consagra o direito à concretização de negócios jurídicos processuais atípicos, o sistema se abre para a criação de títulos executivos extrajudiciais atípicos.⁵⁷ Como se disse acima, a pretensão executiva é situação jurídica disponível.

Há ainda quem admita essa possibilidade por força da aplicação do art. 771 do CPC, que permite a aplicação das regras sobre execução aos “atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”.⁵⁸

E é por isso, também, que a execução de negócios jurídicos processuais é permitida, independentemente de o negócio jurídico encaixar-se no rol do art. 784 do CPC. É uma decorrência da combinação dos arts. 190 e 200 do CPC.

O inadimplemento da prestação de um negócio jurídico processual autoriza que se peça a execução da prestação devida ou a implantação da situação jurídica pactuada⁵⁹. Essa execução, diferentemente do que ocorre com a execução de negócios jurídicos não processuais, pode ocorrer no bojo do próprio processo (processo originário), sem necessidade de ajuizamento de uma ação executiva.⁶⁰ Por simples petição, a parte lesada pelo inadimplemento pede ao juiz “que exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente ponha em prática a nova sistemática processual firmada na

razão dela (é possível, em alguns casos, transferência por sucessão, o que normalmente advém de razões legais, e não convencionais. Cf. HEINTZMANN, Walther. Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger bei Prozeßstandschaft. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, nº 1, 1979, p.61 e ss.) Se não participar, poderá executar só se a lei expressamente o permitir, como faz a norma do Código Civil alemão em transações envolvendo direito de família, celebradas pelos pais, mas que poderão depois ser executadas pela criança (§1629, III, (2), parte final, do BGB); 4) observância das formalidades na celebração da transação, que pode ser apresentada por escrito ou convencionada oralmente em audiência e transcrita, quando então será homologada pelo juiz.

⁵⁵ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005. p.363.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. Yarshell também admite a relevância da vontade para a formação de títulos executivos extrajudiciais. YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006. p.189, nota 25b.

⁵⁷ Assim, também, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, cit., p.316-317.

⁵⁸ CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 771. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p.1772.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 1, p.397.

⁶⁰ Pode ser também postulada em um processo secundário, ajuizado com a finalidade específica de fazer cumprir o acordo processual. Sobre o tema, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, cit., p.239 e ss.; ROQUETTE, Hermann. *Op. cit.*, p.167.

convenção”.⁶¹ É o que acontece, por exemplo, quando se requer a inadmissibilidade de um recurso interposto por parte que havia aceitado a decisão ou quando o juiz decide com base na regra de ônus da prova que foi pactuada.⁶²

Embora possa haver entendimento em sentido contrário, não vemos óbice normativo para que as partes estabeleçam um título executivo por acordo processual. A chamada *cláusula executiva* ou *cláusula de exequibilidade* torna um documento (um contrato, por exemplo) título válido e eficaz para determinar a instauração da atividade executiva.⁶³ Em alguns países, admite-se, nos limites estabelecidos em lei, a inserção da cláusula executiva em contratos com efeito atributivo de exequibilidade.⁶⁴

No Brasil, vivemos o dogma da legalidade para os títulos executivos, normalmente justificado na falsa premissa de que não há título senão quando a lei assim o disser.⁶⁵ No entanto, a lógica de que não haverá execução sem título (*nulla executio sine titulo*, forte no art. 783 do CPC) nada diz a respeito da proveniência deste título, se de fonte legal ou negocial.

Aliás, o próprio art. 771 do CPC admite que se aplicará o procedimento de cumprimento de sentença para “os efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”. E, pela autorização genérica do art. 190 do CPC, a lei passou a conferir à vontade das partes o poder de instituir cláusulas executivas no Brasil.⁶⁶

Não obstante, embora em tese seja admissível o acordo processual para dar força executiva a um documento, a amplitude do nosso rol de títulos executivos torna esta opção improvável na prática. É mais fácil buscar duas testemunhas para assinar um contrato (e assim preencher os requisitos do art. 784, III, do CPC para torná-lo título executivo), do que correr o risco de acreditar na autonomia da vontade e quiçá ver o Judiciário no futuro, resistente às convenções processuais para criação de título executivo, pronunciar a invalidade do acordo.

8. Negócio Jurídico Processual que Verse sobre o Poder Geral de Efetivação do Julgador. Negócios Jurídicos sobre os Meios Executivos

A questão que se apresenta aqui é a seguinte: podem as partes, por convenção processual, restringir o poder executivo do órgão julgador, consagrado nos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, do CPC?

Evidentemente, as partes *não podem*, por convenção, impedir que o juiz sancione os ilícitos processuais relacionados ao descumprimento de decisões judiciais

⁶¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado em Direito Processual. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p.179.

⁶² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*, cit., p.179.

⁶³ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Op. cit.*, p.22 e ss., p.60 e ss.

⁶⁴ SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p.362. Confirmam-se ainda as referências da nota nº 53.

⁶⁵ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. As modificações no conceito de sentença à luz dos princípios do sincretismo e da *nulla executio sine titulo* – alterações em face da Lei nº 11.232/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007, p.199.

⁶⁶ CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 771, cit.

e ao embaraço da atividade executiva (arts. 77, IV, e 774, CPC). Seria o mesmo que permitir convenção das partes quanto à possibilidade de ambas praticarem ilícitos, o que é inadmissível.⁶⁷

As partes não podem deliberar, por convenção, que o juiz não utilizará alguns meios de coerção para pressionar o litigante a cumprir uma decisão (não podem, *v.g.*, limitar o valor das astreintes; não podem também impedir ou limitar a aplicação de multas para sancionar a litigância de má-fé). É que o uso da multa pecuniária não só diz respeito a prerrogativas do Estado-juiz para emprestar às suas decisões a efetividade necessária, evitando que a própria autoridade estatal fique desacreditada, mas também porque certas multas podem ser impostas *ex officio* pelo juiz, sendo que algumas revertem em favor do Estado ou da União (art. 96 do CPC).

A vontade das partes pode até permitir que não executem o valor apurado pela multa pecuniária ou que renunciem convencionalmente à sua cobrança quando esta reverte a favor da parte contrária; contudo, não lhes é permitido convencionar a respeito do poder do juiz de fixá-la.⁶⁸⁻⁶⁹

Também é permitido que as partes convencionem a proibição da tomada de algumas medidas executivas⁷⁰. Se a execução é pautada pelo interesse do credor, é evidente que ele mesmo pode, voluntariamente, decidir estabelecer limites a ela. No fim das contas, é como se o credor dissesse que não *quer executar de uma determinada maneira*.⁷¹ As partes podem convencionar, por exemplo, que não haverá a suspensão das atividades empresariais, medida executiva atípica.

Essa solução não pode causar estranheza: a) sempre foi possível, por exemplo, o pacto de impenhorabilidade, em que as partes limitam voluntariamente a execução, excluindo determinado bem da atividade executiva; b) o uso da prisão civil na execução de alimentos, medida de coerção *típica*, depende de requerimento do exequente (art. 528, *caput*, do CPC), exatamente porque cabe a ele decidir se vai se valer de um meio mais violento, como a prisão, ou se vai partir para uma execução segundo o modelo

⁶⁷ Assim, Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação".

⁶⁸ CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 536. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.869.

⁶⁹ Note-se, porém, que a mesma conclusão não pode ser estendida a qualquer meio de coerção, pois alguns destes dependem de provocação da parte interessada (e, portanto, de sua vontade), como é o caso do protesto de sentença (art. 517 do CPC), da inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes (art. 782, §3º, do CPC) e a prisão civil na execução de alimentos (art. 528, *caput*, do CPC). Nesses casos, é possível convencionar sobre os meios de coerção, mesmo que sejam utilizados para fazer respeitar ou cumprir as decisões judiciais. Porém não se pode admitir que as partes, por convenção, prevejam a prisão civil como meio de coerção fora das hipóteses legais e constitucionais, por se tratar de mecanismo excessivo para a obtenção do resultado pretendido.

⁷⁰ SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.87 e ss.

⁷¹ ROQUETTE, Hermann. *Op. cit.*, p.160. Em sentido contrário, não admitindo negócio jurídico processual que limite os poderes de efetivação do juiz, CARVALHO, Fabiano. Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.868.

geral de expropriação de bens (penhora – alienação judicial). Portanto, limitações voluntárias à atividade executiva sempre existiram – e, como é admitido no sistema jurídico, esse efeito pode ser obtido por negócio jurídico processual atípico, cuja permissão é consagrada legalmente.

Além disso, no fim das contas, a responsabilidade pela execução que se constatar injusta é do exequente (art. 776 do CPC); é justo, por isso, que ele tenha o poder de avaliar se quer ou não correr esse risco.

Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas⁷² como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia (arts. 523 e ss. do CPC), ou (ii) de *determinadas* medidas atípicas, que se transformariam em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas (arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, todos do CPC)⁷³ e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC.

O tema merece reflexão mais demorada, que possivelmente pode chegar a resultados dogmáticos parcialmente diferentes, em especial nos casos em que a execução é regida pela regra da indisponibilidade, como acontece na execução coletiva ou na execução de crédito fiscal.

Resumimos mais algumas diretrizes:

i) não se admite negócio jurídico processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais;

ii) admite-se renúncia do direito à multa e à promessa de não executar o valor da multa;

iii) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão;

iv) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial.

⁷² ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017. vol. XIV. p.112.

⁷³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, vol. 267, ano 42, maio 2017, p.227-272. É de se rejeitar, portanto, ao menos para o Direito brasileiro, afirmação de que a execução tem um rol *numerus clausus* de meios executivos (BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Op. cit.*, p.77), com a consequência de que os negócios jurídicos para ampliá-los ou modificá-los seriam inválidos. Corretos, no ponto, ainda que defendam uma análise específica de cada negócio jurídico processual, GÖTTE, Tilman. Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 100, nº 4, 1987, p.414 e ss.; EMMERICH, Volker. *Op. cit.*, p.428 (p.424).

9. Negócios Jurídicos Processuais sobre a Penhorabilidade

9.1. Premissa

Costuma-se dizer que as regras de *impenhorabilidade* são de “ordem pública”,⁷⁴ compreendida a expressão “norma de ordem pública” como “norma cogente”.

A lição *não* é correta⁷⁵. As regras de impenhorabilidade não servem à proteção da ordem pública, mas à proteção do *executado*.

Ressalvada a hipótese do inciso I do art. 833, que reputa impenhorável bem inalienável (indisponível, portanto)⁷⁶, todas as demais hipóteses cuidam de bens *disponíveis*, que podem ser alienados pelo executado, inclusive para o pagamento da própria dívida que se executa⁷⁷.

Ora, se é disponível, o bem poderia ser vendido pelo executado livremente. Se o bem pode ser alienado pela vontade do executado, por que não poderia ser *penhorado* (ato preparatório de futura expropriação judicial) pela vontade do próprio executado? Se o executado pode desfazer-se do bem *extrajudicialmente*, por que não poderia desfazer-se dele *judicialmente*? O STF, ao examinar a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, que permite a penhora de bem de família do fiador de contrato de locação, decidiu que, nesses casos, o fiador, porque é livre e capaz, espontânea e voluntariamente pôs o seu patrimônio imobiliário como garantia da dívida locatícia, e isso é compatível com a Constituição, sob pena de tornarmos o proprietário de bem de família um civilmente incapaz.⁷⁸ A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível⁷⁹. E a renúncia à impenhorabilidade é um negócio jurídico processual.⁸⁰

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 4. p.341; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3. p. 222; REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007. p.82; GÓES, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese de doutoramento. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2007. p.254; STJ, 4ª T., REsp. 327.593/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.12.2002, DJ 24.02.2003, p.238. Pontes de Miranda afirma que o *beneficium competentiae* (impenhorabilidade de bens estritamente necessários à preservação da dignidade do executado, examinado mais à frente) é de “direito público” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 10. p.133).

⁷⁵ Sobre o tema, amplamente, DIDIER JR., Freddie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 174, ano 34, p.30-50, ago. 2009.

⁷⁶ “Por isso, é sempre alegável, e.g., a impenhorabilidade, até a decisão final passar em julgado, dos bens inalienáveis (art. 649, I), sem renúncia possível” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 10. p.135). O art. 649 do CPC/1973 corresponde ao art. 833 do CPC/2015.

⁷⁷ Como percebeu o Min. Sepúlveda Pertence: – STF, Pleno, RE 407.688, Rel. Min. César Peluso, j. 08.02.2006, DJ 06.10.2006. Nesse sentido, MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008. p.161-167.

⁷⁸ Correto o posicionamento de Araken de Assis: “Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor (...) poderá ser afetado à execução por ato positivo ou omissivo” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2016. p.325). Assim, também, com boa fundamentação, a 3ª T. do STJ, no REsp. 351.932/SP, Rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. 14.10.2003, DJ 09.12.2003, p.278.

⁷⁹ Embora considere as regras de impenhorabilidade como “normas de ordem pública”, Cândido Dinamarco admite que, sendo disponível o bem, se deve aceitar a renúncia ao direito à impenhorabilidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil cit.*, vol. 4, . p.341).

⁸⁰ REICHEL, Hans. Gewillkürte. *Op. cit.*, p.210-211.

Se é disponível, a impenhorabilidade *não* pode ser considerada como decorrente de uma regra de *ordem pública*. Considerar uma regra como de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica.

Alguns exemplos podem ser úteis para a correta compreensão do tema.

a) Bem imóvel de família é, como se sabe, *impenhorável*. Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com a autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e querem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de *alienar* o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação; ambos podem, inclusive, *doar* o imóvel. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade. Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, *aceitar* a penhora sobre o imóvel, que terminará com a *alienação judicial* do bem? Repita-se a pergunta: se alienável *extrajudicialmente*, por que não alienável *judicialmente*?⁸¹ Se o bem de família pode ser hipotecado – e, portanto, objeto de um negócio jurídico que define previamente o bem a ser penhorado em caso de futura execução, como considerar a sua impenhorabilidade irrenunciável? Tanto mais se justifica a pergunta, quando se vê, no CPC, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge (art. 847, §3º, do CPC).

A regra não é de ordem pública, como se viu, pois protege o executado, sem retirar-lhe o direito à disposição do bem. De outro lado, a prevalecer o argumento de que a regra que proíbe a penhora de bem de família visa a proteger a família, e não o executado⁸², seria preciso considerar *inalienável* o bem de família em qualquer caso. Nada impede que o proprietário do imóvel o *aliene* voluntariamente – alienação que pode dar-se *em prejuízo de sua família*. Assim, é incoerente e inútil considerar *inalienável judicialmente* um bem que pode ser *alienado extrajudicialmente*.

b) Penhora sobre bem impenhorável *disponível*. Intimado a defender-se, o executado não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado. Há, no caso, *preclusão*, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos (art. 278 do CPC)⁸³.

⁸¹ Em sentido diverso, considerando *irrenunciável* a impenhorabilidade do bem de família, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p.897. Aderiu expressamente a esse entendimento, COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações acerca da nova redação do § 1º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, ano 38, jun. 2013, p.367.

⁸² STJ, 3ª T., REsp. 351.932/SP, Rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. 14.10.2003, DJ 09.12.2003, p.278.

⁸³ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p.325; ZANETTI JR., Hermes. *Op. cit.*, p.176. Em sentido contrário, sem examinar os argumentos apresentados, STJ, 4ª T., REsp. 262.654/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05.10.2000, DJ 20.11.2000. Cândido Dinamarco entende que apenas há preclusão no caso de impenhorabilidade relativa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. 4. p.342). Em sentido próximo ao de Dinamarco, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p.135.

c) Decidida a questão sobre a penhorabilidade do bem, e não havendo mais possibilidade de interposição de recurso, há preclusão, que impede nova apreciação dessa mesma questão⁸⁴.

Tudo isso serve para demonstrar que a impenhorabilidade não decorre, como regra, de norma cogente e, sendo disponível, pode ser objeto de negócio jurídico processual.

9.2. Os Negócios Jurídicos sobre a Responsabilidade Patrimonial e a Penhorabilidade

A respeito dos bens do executado sujeitos potencialmente a sofrer a atividade executiva, a vontade negocial das partes pode, por acordo processual, limitar a execução a certa massa de bens do executado;⁸⁵ ou excluir um ou mais bens da esfera de incidência da responsabilidade patrimonial. Pode-se limitar a um tipo de objeto ou garantia (imobiliária, por exemplo), permitindo perseguir só bens móveis;⁸⁶ ou ainda limitar a responsabilidade ao patrimônio adquirido até ou a partir de certa data.⁸⁷

Exceções em que as convenções processuais das partes não são eficazes correspondem àqueles casos em que presentes interesses de terceiros, como na hipótese do cônjuge casado com comunhão de bens que não participou do acordo processual que interfira na meação. No aspecto subjetivo, as partes só podem modificar a responsabilidade patrimonial, atingindo bens de terceiros, se houver concordância de o terceiro sobre cujo patrimônio incidirá a execução – a hipoteca com bem de terceiro é um exemplo clássico disso.⁸⁸

As partes podem ainda firmar negócio jurídico processual em torno da penhorabilidade de um bem.⁸⁹ Há vários argumentos que fundamentam essa conclusão no direito processual brasileiro.

a) A parte final do inciso I do art. 833 do CPC – que no particular é idêntico ao CPC/1973 – expressamente consagra a possibilidade de uma *impenhorabilidade decorrente de ato de vontade*. O pacto de impenhorabilidade sempre foi permitido⁹⁰: credor e devedor acordam no sentido de que eventual execução não poderá recair sobre determinado bem. Trata-se, aliás, de *negócio jurídico processual típico*. A impenhorabilidade, nesse caso, fundamenta-se na autonomia da vontade, dimensão do direito fundamental à liberdade. Não é estranha, então, a possibilidade de negócio jurídico sobre a penhorabilidade.

b) Nos direitos reais de garantia (hipoteca, penhor, anticrese, alienação fiduciária em garantia), as partes decidem individualizar, previamente, um bem, para responder

⁸⁴ STJ, 3ª T., REsp. 515.122/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 16.12.2003, DJ 29.03.2004.

⁸⁵ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Op. cit.*, p.125-126.

⁸⁶ RAATZ, Johann Georg. *Op. cit.*, p.7, 9-10.

⁸⁷ REICHEL, Hans. *Op. cit.*, p.216-217.

⁸⁸ Ou, como lembra Scherf, sua representação por mandatário. SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.69.

⁸⁹ Normalmente, as disposições normativas referentes à responsabilidade patrimonial são estabelecidas em lei. Mas há muito tempo a doutrina admite que possam ser disciplinadas por atos negociais. Nesse sentido, CHAPUT, Yves. Les clauses de garantie (sûretés negatives). *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Aix-en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990. p.119 e ss.; BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Op. cit.*, p.109; REICHEL, Hans. *Gewillkürte. Op. cit.*, p.205 e ss.

⁹⁰ REICHEL, Hans. *Op. cit.*, p.205 e ss.

por futura execução. Esses negócios jurídicos produzem importantes efeitos processuais: executado o crédito, a penhora deverá recair primeiramente no bem dado em garantia, o que torna os demais bens *impenhoráveis*, até que se demonstre que o bem dado em garantia não poderá responder satisfatoriamente à execução (art. 835, §3º, do CPC). Note, ainda, que, na hipoteca, pode (e costuma) ser dado em garantia bem imóvel de moradia, que é impenhorável – não por acaso, essa impenhorabilidade não pode ser oposta ao credor hipotecário (art. 3º, V, Lei nº 8.009/1990).

Os negócios jurídicos de garantia real são claramente negócios jurídicos sobre a penhorabilidade, amplamente consagrados em diversos países, inclusive no Brasil. O §3º do art. 835 do CPC prescreve que, “na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora”. Os demais bens do executado só se tornam penhoráveis se o valor do bem dado em garantia não for suficiente para a satisfação do crédito. Observe-se que a regra se aplica a *qualquer* direito real de garantia – hipoteca, penhor, anticrese ou alienação fiduciária. Se a execução recair em bem diverso daquele objeto do direito real de garantia, cabe ao executado opor a *exceptio excussionis realis*, alegação de defesa de que a execução deve recair sobre aquele determinado bem; se o executado não o fizer no primeiro momento, haverá preclusão.

Bem pensadas as coisas, os negócios jurídicos de garantia real servem como uma dupla garantia: o credor tem a garantia de que ao menos um bem poderá ser penhorado para garantir o crédito, tendo, sobre esse bem, direito de preferência sobre o produto da sua alienação judicial; o devedor tem a garantia de que a responsabilidade patrimonial recairá, primeiramente, no bem dado em garantia, preservando, em princípio, o restante do seu patrimônio.⁹¹

É claro que o credor pode renunciar à garantia (art. 1.436, III e 1.499, IV, do Código Civil, por exemplo); nesses casos, torna-se quirografário (perde, com isso, o título legal de preferência que caracteriza os créditos com garantia real) e a execução de seu crédito poderá recair prioritariamente sobre qualquer bem, inclusive em dinheiro. O que não é possível é que, ainda existente o direito real de garantia, o credor pretenda que primeiramente seja penhorado outro bem distinto daquele dado em garantia, pois aí o devedor ficaria na gravosa situação de ter seu patrimônio excessivamente constrito: uma parte dada em garantia real e a outra, penhorada, ambas com o propósito de satisfazer a mesma dívida. O raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, aos casos em que o credor exerce direito de retenção sobre a coisa (art. 793).

Note que, no caso do art. 835, §3º, do CPC, a penhora deverá recair sobre os referidos bens (retidos ou dados em garantia), mesmo se houver dinheiro do executado disponível para a penhora. Ou seja: nessas execuções, a penhora em dinheiro não é prioritária. Somente haverá penhora em dinheiro caso o bem não possa responder pela obrigação.

⁹¹ Em sentido contrário, entendendo que também nesse caso a penhora será prioritariamente em dinheiro, não vendo no caso uma “dupla garantia”, mas apenas uma garantia do credor, que pode, na execução, optar pelo dinheiro para fim de penhora. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.342-343.

Se houver bens arrestados, a penhora há de recair, também preferencialmente, sobre eles. É caso de penhorabilidade eventual, semelhante àquele regulado pelo §3º do art. 835 do CPC. Realmente, até mesmo pelo princípio da boa-fé processual (evitar abuso da execução pelo exequente), se já há bem anteriormente vinculado ao processo em razão do arresto, penhorar outros, sem a necessidade de complementação da garantia do juízo, é medida excessivamente onerosa e injustificada.

c) Ressalvados os casos de *impenhorabilidade material* (o bem é inalienável e, por isso, impenhorável), as regras de impenhorabilidade são *prima facie* disponíveis. Disponíveis, podem ser objeto de negociação atípica, nos termos do art. 190 do CPC.

Assim, tanto é possível o pacto de impenhorabilidade, negócio típico previsto no art. 833, I, do CPC, como o pacto de penhorabilidade, que pode ser *típico*, como nos casos de direitos reais de garantia, ou *atípico*, com base no art. 190 do CPC, observada sempre a exigência de o bem objeto da negociação ser disponível.

É preciso, portanto, aplicar com algum *tempero* a lição doutrinária que apresenta a *tipicidade* como princípio regente das regras de impenhorabilidade⁹², segundo o qual somente regras típicas (expressas) de impenhorabilidade poderiam ser aceitas⁹³; sobretudo diante do art. 190 do CPC, que permite negócios jurídicos em torno da penhorabilidade e, portanto, hipóteses de impenhorabilidade sem previsão expressa na lei.

É possível, ainda, criar *créditos com garantia sem eficácia de direito real*. Basta imaginar a hipótese de os contratantes acordarem que eventual execução recairá primeiramente sobre determinado bem imóvel, sem que tenham feito hipoteca (que, às vezes, é muito cara). Trata-se de negócio jurídico processual lícito, lastreado na cláusula geral do art. 190 do CPC.

10. Negócios Jurídicos Processuais e Ordem de Bens a Penhorar. Pacto de Prelação

A penhora de dinheiro é prioritária. A primeira parte do §1º do art. 835 do CPC é clara nesse sentido, apontando para a aparente impossibilidade de o órgão julgador *relativizar* a ordem se houver penhora em dinheiro. Se assim fosse, inevitavelmente deveria ser cancelado o Enunciado 417 da Súmula do STJ: “Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”.

Sucede que o dinheiro pode, realmente, não ser o bem a ser prioritariamente penhorado. Não pelas razões dos precedentes que geraram o enunciado da súmula – que se atinham à discussão sobre a imperatividade ou não da ordem estabelecida pelo art. 655 do CPC/1973, correspondente ao art. 835 do CPC/2015, mas pelo fato de haver outras regras que mitigam essa prioridade.

⁹² Aderindo a esse pensamento, mais recentemente, ZANETTI JR., Hermes. *Op. cit.*, p.177-178.

⁹³ Entendendo que as regras de impenhorabilidade são típicas e dependem de previsão expressa, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p.897.

Há ao menos quatro situações em que isso pode vir a acontecer atualmente: *i)* o credor *escolhe* outro bem a ser penhorado – e essa escolha não se revela abusiva, nos termos do art. 805 do CPC; *ii)* há negócio jurídico processual que defina previamente o bem a ser penhorado (típico, como nos casos do art. 835, §3º, do CPC⁹⁴ – créditos com garantia real; ou atípico, com base no art. 190 do CPC)⁹⁵; *iii)* o executado oferece fiança bancária ou seguro-garantia judicial, em valor 30% superior ao crédito (art. 835, §2º, do CPC) – a lei equipara o dinheiro a essas duas garantias para fim de penhora; *iv)* o credor exerceu direito de retenção sobre um bem, que deve ser o penhorado nos termos do art. 793 do CPC.

Assim, o Enunciado 417 da Súmula do STJ pode ser mantido, mas deve ter o seu sentido reconstruído, tendo em vista o CPC/2015. E essa reconstrução decorre, substancialmente, da amplitude de aplicação do art. 190 do CPC.

Além disso, pode-se pensar também em um pacto de benefício de ordem ou pacto de prelação sobre bens de um devedor comum entre dois ou mais credores na execução.⁹⁶ Trata-se do compromisso de, em caso de concorrência de credores, executar primeiro outro devedor para só depois voltar a atividade executiva para aquele devedor comum.⁹⁷

Pode-se ainda estipular que as partes se comprometam a executar um terceiro, buscando a satisfação pela imputação do patrimônio deste ao pagamento da quantia exequenda, e só na impossibilidade ou insuficiência dessa investida os convenientes executarem uns aos outros.

A preferência negocialmente estabelecida cria uma espécie de pacto de não execução condicionado, o que reforça nossa conclusão anterior de que nem todo *pactum de non exequendo* interfere no direito material. Essa convenção teria como efeito condicionar o direcionamento da execução contra a parte à prévia atividade executiva movida contra outrem. Se a execução for direcionada ao patrimônio do acordante diretamente, será inadmissível. Também haverá inadmissibilidade se for desrespeitada a ordem de preferência estabelecida, exigindo a execução em face de terceiros antes de ajuizar a execução contra o conveniente.

Também é possível criar um *benefício de ordem* convencional *atípico*: um devedor ter o direito de, primeiramente, ver executados bens do codevedor, na execução de dívida comum. A ideia é criar, por convenção, contradireito semelhante àquele atribuído a fiador ou sócio (arts. 794 e 795 do CPC, respectivamente).

⁹⁴ Em sentido contrário, entendendo que também nesse caso a penhora será prioritariamente em dinheiro, não vendo no caso uma “dupla garantia”, mas apenas uma garantia do credor, que pode, na execução, optar pelo dinheiro para fim de penhora. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p.342-343. Para Marcelo Abelha, o §3º do art. 835 somente é imperativo nos casos de garantia prestada por terceiro.

⁹⁵ Para essa hipótese “*ii*”, confira-se ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p.189.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p.284-285, 290 e ss.

⁹⁷ BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Op. cit.*, p.110. Satta não incluía esta convenção entre os acordos processuais. Sustentava que este tipo de pacto incide na causa do privilégio, e, portanto, teria natureza material, sendo celebrado apenas entre os credores. Segundo ele, algo similar ocorreria com a hipoteca, e a ação hipotecária não poderia ser objeto de contrato porque não se poderia pactuar sobre os poderes do juiz (um terceiro). SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931. p.54, nota 1. Como se viu, para este ensaio, os contratos com garantia real possuem efeitos processuais.

11. Negócios Jurídicos Processuais e Procedimentos Especiais Executivos

Atualmente, a quase totalidade dos procedimentos especiais executivos diz respeito à execução por quantia (execução de alimentos, execução fiscal, execução de cédula de crédito bancário etc.)

A utilidade da previsão, pela lei, de procedimentos especiais executivos está posta em xeque, em razão das incertezas sobre como o art. 139, IV, do CPC será concretizado pelos tribunais.

Se a concretização se consolidar na linha de uma ampliação dos poderes do juiz, haverá um esvaziamento da necessidade de procedimentos especiais executivos, tendo em vista a possibilidade de o juiz poder reconfigurar o procedimento comum executivo por quantia certa, para torná-lo mais adequado e efetivo; se a concretização for na linha da aplicação apenas subsidiária desse poder, permanecerá a necessidade de procedimentos especiais executivos, exatamente para dar um tratamento diferenciado a alguns credores (bancos, Fisco e alimentando, por exemplo) ou devedores (Fisco, por exemplo)⁹⁸.

O certo, no entanto, é que a criação de procedimentos especiais executivos por *convenção* das partes é totalmente admissível. Tanto a criação de um procedimento especial executivo convencional, quanto a previsão de que técnicas executivas especiais possam ser embutidas no procedimento comum executivo – como, aliás, se disse acima, quando se reconheceu a possibilidade de criação de meio executivo convencional.

Já se defendeu, por exemplo, a criação de um procedimento especial executivo de origem convencional para a cobrança de créditos decorrentes da propriedade fiduciária regulada pelo Código Civil. As partes convencionariam, por exemplo, que a execução de tais créditos poderia observar o procedimento especial executivo previsto no Dec. 911/1969⁹⁹.

12. Acordo sobre as Formas de Comunicação Processual

O art. 190 do CPC permite que se negociem as formas de comunicação processual (intimações e citação).

Assim, é possível que se escolha a intimação por correio eletrônico ou aplicativo de mensagens de texto, tanto no cumprimento de sentença (derrogando o disposto no art. 513, §2º, do CPC) quanto na execução fundada em título extrajudicial.

Também é possível excluir, convencionalmente, determinados meios de comunicação – por exemplo, proibindo expressamente citação postal ou a intimação

⁹⁸ Para Calmon de Passos, aliás, é mesmo para a execução que se justifica a especialização da técnica processual (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., Freddie; FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p.5-6).

⁹⁹ Defendendo, por exemplo, a criação de um procedimento especial executivo de origem convencional para os casos de propriedade fiduciária, DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC*: direito civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p.691-752.

feita nos termos do art. 269, §§ 1º e 2º, do CPC – ou regular o modo como determinadas intimações, não todas, devem ser feitas – por exemplo, exigindo que a intimação para a hasta pública necessariamente seja feita na pessoa do executado.

Debate candente na literatura alemã foi aquele da validade de convenção processual que permita penhora sem intimação do executado. Por lá, a convenção é reputada inválida, embora já tenha sido admitido isoladamente na jurisprudência.¹⁰⁰ Em nosso sentir, o direito de informação é um braço fundamental do contraditório,¹⁰¹ e, portanto, uma convenção para autorizar previamente ingresso no patrimônio do executado sem intimação seria inadmissível. Não obstante, a informação pode ser obtida por outros meios, por advogado ou até por meio eletrônico. Assim, é possível dispor *sobre as formas de comunicação*; mas não se pode abdicar totalmente delas.

13. Escolha Convencional do Depositário e do Avaliador

O depósito e a avaliação do bem penhorado são objetos frequentes de negócios jurídicos processuais atípicos.

É possível que o depositário-administrador seja escolhido de comum acordo entre as partes (art. 190, CPC)¹⁰². O trecho final do §2º do art. 840 do CPC, que permite que o executado seja o depositário, desde que o exequente consinta, combinado com o art. 190 do CPC, demonstram claramente a possibilidade de haver negócio jurídico processual de escolha do depositário, que pode ser, inclusive, um terceiro (pessoa natural ou jurídica). Assim, por exemplo, podem as partes convencionar que valores de aplicação financeira penhorados possam permanecer depositados em determinado fundo de investimento gerido por um banco privado, em vez de serem transferidos para uma conta judicial num dos bancos previstos no inciso I do art. 840 do CPC.

No caso da avaliação, a questão é ainda mais simples, pois existe um extenso campo de convencionalidade a esse respeito. De fato, a avaliação mais correta tecnicamente é tanto do interesse do exequente como do executado, a fim de que se consiga vender o bem pelo maior valor possível na alienação judicial. Se o valor de avaliação for muito baixo, corre-se o risco de o leilão não ser exitoso ou o bem ser alienado em valor insuficiente para a satisfação do crédito. De outro lado, um valor muito excessivo em relação ao preço médio de mercado pode afastar os licitantes, levando também à inviabilidade da alienação.

Por essas razões, as partes podem convencionar escolhendo a pessoa do avaliador, atribuindo a tarefa a empresas privadas ou profissionais de sua confiança, independentemente de habilitação no juízo. Ademais, a avaliação é uma perícia; assim, não há qualquer problema na aplicação do art. 471 do CPC. Rigorosamente, o caso é de negócio processual típico – de todo modo, no mínimo seria possível esse negócio com base no art. 190 do CPC.

¹⁰⁰ SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.94-96.

¹⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, n° 2, abr.-jun. 2005, p.459 e ss.

¹⁰² Assim, nesse sentido, o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

As partes podem também acordar sobre o valor da remuneração do avaliador, bem assim o rateio dessa despesa. Podem também limitar a própria atividade do avaliador, convencionando a adoção de parâmetros não legalmente previstos para a avaliação, como a utilização de tabelas de órgãos públicos ou privados, índices de correção etc.¹⁰³

14. Conclusão

O objetivo deste texto foi explorar as possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos sobre a execução, sem pretender exaurir o tema. A prática negocial e o desenvolvimento de jurisprudência poderão apresentar outros limites e possibilidades para a negociação processual acerca da atividade executiva.

Bibliografia

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado em Direito Processual. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções processuais e o Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 13ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

BLOMEYER, Karl. *Zwangsvollstreckung*. 2ª ed. Berlin: Walter De Gruyter, 1956.

BOHN, Karlheinz. Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 69, nº 1, 1956.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 10ª ed. München: F. Wahlen, 2014.

BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F. Wahlen, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3.

BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁰³ SCHERF, Dieter. *Op. cit.*, p.99-100. O limite para essa estipulação é que tais parâmetros devem, como nas periciais em geral, ser indicados precisamente e corresponder a técnicas aceitas na comunidade científica, como prevê o art.473, III, do CPC.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, nº 2, abr./jun. 2005.

_____. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016, no prelo.

_____; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. Diritto sostanziale e processo. Milano: Giuffrè, 2006.

CARVALHO, Fabiano. Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentário ao art. 536. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Comentário ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

CHAPUT, Yves. *Les clauses de garantie (sûretés negatives)*. Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels. Aix-en Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. Napoli: Jovene, 1965.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 212, ano 37, p.25-56, out. 2012.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações acerca da nova redação do §1º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, ano 38, p.355-373, jun. 2013.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. As modificações no conceito de sentença à luz dos princípios do sincretismo e da *nulla executio sine titulo* – alterações em face da Lei nº 11.232/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*. São Paulo: RT, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DE BOOR, Hans Otto; ERKEL, Günther. *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich*. 2ª ed. Wiesbaden: Th.Gabler, 1962.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC: direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 1.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, ano 1, p.59-84, abr./jun. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 174, ano 34, p.30-50, ago. 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 267, ano 42, p.227-272, maio 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 4.

DITTRICH, Hans. *Die sogennanten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse*. Heidelberg: Tese de doutorado, 1908.

EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, p.417, out. 1969.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIA, Marcela Kolbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAUL, Hans Friedhelm. Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung. *Juristische Schulung*, 1971.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GÓES, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese de doutoramento. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2007.

GÖTTE, Tilman. Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 100, nº 4, 1987.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 1, nº 1, p.7-28, out.-dez. 2007. Disponível em: [www.redp.com.br].

HAU, Wolfgang. In: WOLF, Manfred; LINDACHER, Walter F.; PFEIFFER, Thomas (Org.). *AGB-Recht Kommentar*. 6ª ed. München: C.H.Beck, 2013.

HEINTZMANN, Walther. Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger bei Prozeßstandschaft. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, nº 1, 1979.

HELLWIG, Konrad. Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto von Gierke*, vol. II, p.80, 1910.

HOCHGRÄFE, Oskar. *Vollstreckungsverträge*. Quakenbrück: Trute, 1938.

JAUERNIG, Othmar. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 21ª ed. München: C.H.Beck, 1999.

_____; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: C.H.Beck, 2010.

KOHLER, Josef. *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 10.

MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. 3ª ed. Milano: Francesco Vallardi, 1923. vol. II.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASTOR, Wilhelm L. *Die Unterlassungsvollstreckung nach §890 ZPO: Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungstiteln*. 2ª ed. Köln: Carl Heymanns, 1976.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

- RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935.
- REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- REICHEL, Hans. *Gewillkürte Haftungsbeschränkung. Festschrift für Georg Cohn*. Zürich: Orell Füssli, 1915.
- REZENDE, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo*. São Paulo: LTr, 2015.
- RINCK, Ursula. *Partevereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht in der Zwangsvollstreckung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROQUETTE, Hermann. *Vollstreckungsverträge*. Zeitschrift für Zivilprozeß, vol. 49, 1925.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 16ª ed. München: C.H.Beck, 2004.
- SAENGER, Ingo. *Die Klausel als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Juristische Schulung*, nº 32, 1992.
- SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.
- SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971.
- SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935.
- SCHREIBER, Klaus. *Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977.
- SCHUG, Christel. *Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages*. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität: Tese de doutorado, 1969.
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.
- SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- STEIN, Friedrich. *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*. Tübingen: Mohr, 1913.
- STÜRNER, Rolf. *Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung. Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 99, nº 3, 1986.
- WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WIESER, Eberhard. *Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers. Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 41, nº 11, mar. 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017. vol. XIV.

Abertura Constitucional e Segurança Jurídica: uma Primeira Leitura sobre o PLS 349/2015 à Luz do Direito à Educação

Opening Constitutional and Legal Security: a First Reading about PLS 349/2015 in a Perspective of the Education Law

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz*

Sumário

1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional. 2. A Construção da Norma a Partir da Lei. 3. A Ameaça à Segurança Jurídica. 4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação. 5. Segurança Jurídica. 6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação. 7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões. 8. Participação Social. 9. Conclusão. Referências. Anexo.

Resumo

O presente ensaio trata da transição do positivismo jurídico ao pós-positivismo, contexto em que o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma. Nesse cenário de inegável fluidez, observa-se a elástica discricionariedade conferida ao intérprete, assim como os critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação, sobretudo na hipótese de conflito entre normas. Diante dessas inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições inspiradas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizarem sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa. A proposição legislativa de que se trata atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de conceito indeterminado, integrantes de seus princípios basilares.

Abstract

This essay deals with the transition of legal positivism to the post-positivism, the context in which the right takes on a new dimension in relation to the interpretation of the

* Doutoranda em Educação pela UFPR. Mestre em Direito pela PUC/PR. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

rule. In this undeniable fluidity scenario, there is the bigger discretion given to the interpreter, as well as to personal criteria that can be used in the exercise of weight, especially in the event of a conflict between rules. Given these concerns, the Senate Bill nº 349/2015 includes, in the Law of Introduction to the Brazilian Law Rules, provisions based on legal certainty and efficiency in the implementation of public law, promoting, with the expectation to minimize jolts the transposition of the concept of a legal model closed and self-sufficient for the current model that strives for conceptual openness and strong evaluative load. The legislative proposal that it affects greatly the implementation of the right to education, as composed of extreme openness of standards, drawn from its basic principles.

Palavras-chaves: Pós-positivismo. Interpretação da norma. PLS nº 349/2015. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segurança jurídica. Direito à educação.

Keywords: *Post-positivism. Interpretation of the rule. PLS nº 349/2015. Introductory Law to Brazilian Law Rules. Legal certainty. Right to education.*

1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional

O Direito, sob a égide do pensamento do positivismo jurídico, estava circunscrito aos limites da lei (texto), estabelecidos dentro de parâmetros de objetividade e de racionalidade, utilizados para a subsunção do fato à norma. As regras, dotadas de concretude elevada, esgotavam seu objeto de estudo.

A interpretação das regras, ao contrário da interpretação dos princípios, que será vista a seguir, submete-se à denominada lógica do “tudo ou nada”, segundo a qual, diante de um caso concreto, o operador do Direito deverá avaliar qual a regra que incide naquela hipótese e, em consequência disso, as demais regras, em aparente conflito, restam naturalmente afastadas do campo de incidência. Em suma, apenas uma regra é aplicada ao fato concreto, enquanto as demais são excluídas.

Tal avaliação funda-se em sistemática preestabelecida no ordenamento jurídico e, nesse sentido, a lei situada em patamar superior prevalece sobre a que se encontra em patamar inferior (critério hierárquico), a lei cronologicamente mais recente prevalece sobre a mais antiga (critério temporal) e, por fim, a lei especial prevalece sobre a geral (critério da especialidade).

Trata-se de ambiente relativamente seguro e, de certa forma, previsível, pois seria possível antever o conteúdo de provimentos judiciais. Por outro lado, constitui-se em sistema de restrita abertura com o processo político e social, pois o Direito encontra-se adstrito à regra e, assim, tudo para além dela é concebido como metajurídico e, portanto, imune à sua cognição¹.

¹ Para uma defesa do positivismo jurídico, harmonizando-o com o novo pensamento constitucional, ver: BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público* – 59, p. 240-247.

Na contemporaneidade, o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma, promovendo, como se verá, verdadeira separação entre texto e norma, na medida em que o primeiro passa a ser apenas o ponto de partida e, assim, o atingimento da norma dar-se-á percorrendo-se o caminho da interpretação.

O Novo Código de Processo Civil bem assimilou esta transformação, como, por exemplo, quando dispõe que o Ministério Público deixa de intervir como “fiscal da lei” (CPC/1973, art. 83) para atuar na “defesa da ordem jurídica” (NCPC, art. 176) ou quando estabelece que a ação rescisória deixa de se fundar na violação literal de “disposição de lei” (CPC/1973, art. 486, V) para veicular a discussão quanto à manifesta violação à “norma jurídica” (NCPC, art. 966, V).

Para o exercício interpretativo, mostra-se determinante o caráter normativo assumido pelos princípios, os quais, dotados de maior grau de abstração e mais elevada carga valorativa, comparativamente às regras, conferem coerência ao sistema jurídico. Veiculam valores não estáticos tendentes a orientar o trabalho do intérprete.

A aplicação dos princípios submete-se à lógica da ponderação, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio sobre o mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual podem se dar em uma extensão maior ou menor, já que a plasticidade de que são dotados propicia-lhes a cedência para a superação do conflito decorrente de eventual colisão entre eles.

Em outras palavras, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem, mas harmonizam-se e, assim, diante do caso concreto, deverá ser verificado qual deles merece maior consideração, já que inexistente prévia hierarquização. É por isso que, ao interpretar-se principiologicamente, faz-se, antes de tudo, um juízo de valor.

Conforme aborda Luiz Roberto Barroso: “O Direito, a partir da segunda metade do Século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondia ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”². Ingressa-se, pois, na era das interpretações.

2. A Construção da Norma a Partir da Lei

Surge, portanto, o ordenamento jurídico mais aberto, propenso a conferir maior espaço às normas principiológicas e, assim, recomendar ao intérprete a utilização da argumentação jurídica, como ferramenta de trabalho, conectada com variados ramos do conhecimento. É este o campo de estudo de Habermas:

[...] o discurso jurídico não pode mover-se autossuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente;

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito³.

Para esse novo paradigma, exerceu enorme relevância o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional. Sem prejuízo do espaço da supremacia formal da Constituição, passa ela a ser a porta de entrada de todos os ramos do direito, conferindo unidade e harmonia ao sistema, por meio do que se denomina *filtragem constitucional*.

Seria o mesmo que dizer que o ordenamento jurídico, como um todo, deve ser lido e interpretado, sempre, a partir da Constituição, de forma a realizar a reinterpretção dos institutos infraconstitucionais à luz da lei maior. Ao assim proceder, verifica-se, previamente a aplicação da norma, se ela se mostra compatível com a Constituição, além de conferir-lhe alcance, ajustando-a às finalidades constitucionais⁴.

A interpretação conforme a Constituição insere-se, exatamente, nessa sistemática. A partir dela, faz-se a leitura da norma infraconstitucional em função do sentido constitucionalmente definido, o que se dá, por exemplo, por meio da exclusão, pelo Poder Judiciário, de determinadas interpretações incompatíveis com o texto constitucional, empregando-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

O novo cenário é naturalmente mais rico, pois a incorporação de normas de elevado teor valorativo representa a sensibilidade do ordenamento jurídico a tudo que se obteve, ao longo do tempo, por meio de legítimas conquistas políticas e sociais. Ressalta-se que a aplicação do princípio sempre envolve um juízo de valor e daí sua legitimidade e importância para o Direito.

3. A Ameaça à Segurança Jurídica

O outro lado da história estampa a inegável fluidez de normas que veiculam princípios e, nessa condição, expõem-se à elástica discricionariedade conferida ao intérprete, assim como aos critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação na hipótese de conflito entre normas.

Carlos Ari Sundfeld já anunciava a suposta crise gerada pela imprevisibilidade ou descontrole de um direito excessivamente principiológico, imprimindo, nas respectivas decisões, inaceitável dose de subjetivismo:

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do *excesso* (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do *superficial* (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiámos a cansar. Novos amores virão⁵.

Outro recorte deste novo cenário refere-se ao fato de que a interpretação constitucional envolve todos os órgãos estatais e, para além disso, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição⁶. A pluralidade de intérpretes, portanto, torna a norma tanto mais legítima, quanto fluida.

Diante deste quadro, não se pretende, por óbvio, afastar, por completo, a flexibilidade interpretativa, o que se daria por meio de equivocado resgate de premissas estritamente positivistas, fundadas na concepção de que a resposta do direito está contida objetivamente na lei, mas, sim, estabelecer balizamentos que definam, a partir da lei, mas para além dela, quais seriam as interpretações possíveis.

4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação

Dentro dessa ordem de inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, da autoria do Senador Antonio Anastasia, pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010), disposições fundadas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizar os sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa.

É nesse sentido que, em uma primeira aproximação, o Projeto nº 349/2015 busca, valendo-se de entendimentos que já se encontram relativamente sedimentados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o aprimoramento significativo do controle dos atos administrativos e das políticas públicas, de tal sorte que a abertura dada ao sistema conte com parâmetros, senão previsíveis, ao menos pautados por critérios mais homogêneos.

A proposição legislativa de que se trata, atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de abertura extrema, extraídas de seus

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002. p.12-13.

princípios basilares como a liberdade de ensinar (CF, art. 206, II) e a gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI). Especificamente em relação à educação básica, submete-se ao princípio da prioridade absoluta (CF, art. 227, *caput*) outro conceito igualmente aberto.

Além disso, a prestação pública ou privada dos serviços educacionais é objeto de intensa regulamentação infralegal por órgãos administrativos, como ocorre com o Conselho Nacional da Educação e seus congêneres nos demais entes federativos. Desta forma, porque lida com conceitos abertos e com regulamentação administrativa, o PLS 349/2015 interessa ao direito e à educação.

Passa-se a destacar alguns potenciais reflexos que parecem mais relevantes.

5. Segurança Jurídica

Os comandos previstos no Projeto dirigem-se às decisões administrativas, provenientes dos órgãos de controle (a exemplo dos tribunais de contas) e também judiciais. Seu fio condutor reside na segurança jurídica que se espera das decisões, conferindo-lhes, tanto quanto possível, previsibilidade.

Max Weber, em trabalho publicado no ano de 1923, tratava das premissas para a existência de empresas comprometidas com as necessidades cotidianas e, entre elas, estaria a observância de um direito que denomina de racional ou calculável:

*Para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas. Ni en la época de la polis helénica, ni en los estados patrimoniales de Asia, ni en los países occidentales hasta los Estuardos pudo garantizarse tal cosa. La arbitrariedad de la justicia regia, con su otorgamiento de mercedes, trajo constantes perturbaciones en los cálculos peculiares de la vida económica [...]*⁷

Em suma, busca-se a certeza quanto às normas jurídicas e a estabilidade das relações entre Administração-Administrado. Conforme aborda Almiro do Couto e Silva:

O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade⁸.

⁷ WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p.289.

⁸ SILVA, Almiro do Couto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

Destaca-se da respectiva exposição de motivos do PLS 349/2015 que: “O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional”.

Em decorrência direta do princípio da segurança jurídica, estabelece-se a preferência pela utilização de regra de transição, na hipótese de a decisão proferida a partir de norma indeterminada impor “dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova” (art. 22, *caput*).

A não definição espontânea do regime de transição autoriza o interessado a “negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso” (art. 22, parágrafo único).

Preocupação idêntica encontra-se presente na sistemática do controle abstrato da constitucionalidade, quando os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são modulados e, assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringe os efeitos da declaração ou fixa termo inicial para sua eficácia (Lei nº 9.868/1999, art. 27).

Ainda em paralelo com a sistemática do controle abstrato de constitucionalidade, especificamente quando trata da ação declaratória de constitucionalidade, o Projeto institui a ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública (art. 24), com a necessária atuação do Ministério Público (art. 24, parágrafo único).

No campo da educação especial, vislumbra-se a pertinência da incidência de tal sistemática de transição, quando se considera a mais atualizada interpretação existente sobre a matéria, a partir da princiologia da educação inclusiva e, inclusive, das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Sobre o tema, definiu-se a interpretação de que o atendimento educacional, com todas as especificidades, voltado às pessoas com deficiência, dar-se-á na rede regular de ensino (STF. ADI 5.357/DF. Rel. Min. Edson Fachin).

Entretanto, a implementação dessa nova diretriz deverá, necessariamente, contar com regra de transição, pois não seria razoável a reestruturação de toda a rede de atendimento especializado, inserindo-a no âmbito do ensino regular, em curto espaço de tempo, sem as necessárias acomodações de múltiplas ordens.

6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação

Outro balizamento a ser observado volta-se à necessidade de se atentar para a consequentialidade prática decorrente da aplicação de valores jurídicos abstratos (art. 20, *caput*), a ser demonstrada mediante criteriosa motivação, na qual deverá ser evidenciada “a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas” (art. 20, parágrafo único). Em síntese, busca-se exigir daquele que decide

o sopesamento no processo decisório, não somente dos efeitos de sua decisão, isoladamente considerada, como também dos potenciais reflexos no correspondente contexto econômico-social.

A norma concebida no Projeto vai ao encontro do pensamento de Habermas, segundo o qual “a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”⁹.

No que diz respeito à motivação, há inevitavelmente que se reportar aos requisitos da fundamentação da sentença judicial, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, os quais são naturalmente aplicáveis aos processos judiciais e supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (NCPC, art. 15).

Nesse sentido, considera-se não fundamentada a decisão que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (NCPC, art. 489, §1º).

O preceito tem direta aplicação no controle judicial sobre as políticas públicas na área da educação. Tome-se, por exemplo, a questão da matrícula na educação infantil, dever do Estado e direito subjetivo das crianças. Qualquer medida que represente intervenção nesta política pública há que apontar, no caso concreto, a relevância da medida a ser aferida à luz do mínimo existencial e da prioridade absoluta que ostenta em detrimento de outros segmentos.

Ana Paula de Barcellos trata desta inafastável priorização de certos direitos, em decorrência de expressa previsão constitucional, opondo-se, portanto, à incondicional discricionariedade do administrador público na formulação das políticas públicas:

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2º ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo¹⁰.

Além disso, deve-se adentrar nos ajustes necessários nas respectivas propostas orçamentárias, identificando possíveis alocações para fazer diante das despesas que se pretendam ver assumidas.

A matéria encontra evidente fundamento constitucional, destacando-se que a atual concepção acerca das leis orçamentárias confere-lhes caráter impositivo. Vale dizer, as leis orçamentárias determinam destinações de recursos e não simplesmente as autorizam¹¹ (STF. STA 175-Agr/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010), pois, antes de mais nada, concretizam decisões fundamentais tomadas anteriormente. Em relação ao tema, Ana Paula de Barcellos assim se posiciona:

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais¹².

Embora o Supremo Tribunal Federal apresentasse resistência em efetivar o controle concentrado da constitucionalidade em relação às leis orçamentárias¹³,

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005, p.92.

¹¹ A superada concepção autorizativa do orçamento implica concessão de certa margem de liberdade ao administrador público para, inclusive, não empregar a totalidade das verbas previstas para determinada política pública.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.816.

¹³ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei nº 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que têm objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de

esse entendimento vem sendo revisto pela própria Corte. Nesse sentido: “Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta” (STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003)¹⁴.

Por fim, deve-se elencar os variados meios para se obter o mesmo resultado, a ser definido sempre a critério do administrador. No caso da educação infantil, tomada como exemplo, a universalização pode ser buscada pela construção de novas unidades de ensino, pela ampliação das já existentes, por meio de parcerias com o setor privado etc.

7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões

O PLS 349/2015, ao acrescentar o art. 21 à Lei de Introdução às Normas, exige que, na interpretação jurídica, seja considerada a finitude dos recursos financeiros e, a partir daí, obtenha-se o equilíbrio entre a reserva do possível (“obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”) e o mínimo existencial (“direitos dos administrados”).

Compreende-se o mínimo existencial como:

um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna*, em ordem a assegurar à *pessoa* acesso efetivo ao *direito geral de liberdade* e, também, a *prestações positivas originárias* do Estado, viabilizadoras da *plena fruição* de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011).

Ou para Clèmerson Merlin Clève:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados

inconstitucionalidade não conhecida. (STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001). No mesmo sentido: STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.

¹⁴ No mesmo sentido: i) STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008; ii) STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008).

seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino¹⁵.

Por óbvio, as matérias abrangidas pelo direito à educação integram o denominado mínimo existencial, considerando-se, para tanto, sua indispensabilidade para formação intelectual e social, ao preparo para a cidadania, para a inserção no mercado de trabalho, enfim, de forma ampla para a própria dignidade.

Nessa perspectiva, os direitos educacionais reivindicam priorização nos orçamentos públicos.

8. Participação Social

A democracia participativa (CF, art. 1º) decorre do Estado Democrático de Direito e concretiza-se pela participação mais direta dos cidadãos nas estruturas de poder. De fato, a fiscalização do atendimento das normas que regem o desempenho da função administrativa pode e deve ser amplamente realizada por toda a sociedade. Nessa perspectiva, o princípio da participação busca a aproximação entre a Administração e os administrados, seja no que se refere ao controle da atividade estatal, seja em uma participação mais efetiva nas decisões que afetarão a todos.

Nessa diretriz insere-se o PLS 349/2015, que estimula a participação social ao prever que “a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão” (art. 28).

Tal providência encontra perfeita adequação ao princípio democrático, de matriz constitucional, tendente à descentralização das decisões de diferentes searas, intensificando-se o processo de participação. De fato, pondera Hermes Zaneti Júnior, que para a realização de um Estado democrático, “as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis, e os poderes institucionalizados deverão abrir seu procedimento às luzes desses outros centros decisórios da sociedade civil”¹⁶.

Afinal, o “primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas”¹⁷.

A gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI) concentra esses mesmos propósitos de envolvimento da sociedade nos procedimentos deliberativos,

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.

¹⁶ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014, p.128.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.77.

sendo absolutamente razoável que se busque a interlocução com segmentos variados quando se pretende, por exemplo, implementar reformas no sistema de ensino, afastando-se, por conseguinte, a imposição de mudanças autoritárias, como aquelas que se operam por medidas provisórias, reservadas as situações de relevância e urgência (CF, art. 62).

9. Conclusão

A primeira análise do Projeto mostra o advento de indiscutível avanço no campo do direito público, resgatando-o de uma época em que o direito se resumia à lei (texto), cabendo ao operador, tão somente, aplicá-la de maneira previsível, para a nova dimensão da construção da norma, que apenas parte da lei para atingir a realidade, a representar a superação do paradigma do Direito meramente reprodutor do *status quo* para um Direito capaz de transformar a sociedade¹⁸. Destaca-se que este processo construtivo exige compreensão, interpretação e valoração, sem, contudo, descurar-se da segurança nas relações sociais. A construção do direito à educação faz parte desse processo.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Público – 59, p.240-247.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Almiro do Couto. *Revisa Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXO

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349/2015

Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Incluem-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 1942:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.

Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando

indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§1º. O compromisso:

I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação;

§2º. Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Art. 24. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, poderá ser proposta ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública.

§1º. Se não for o autor, o Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

§2º. A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

Art. 25. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor, aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 27. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão.

§1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.

Art. 29. A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos.

§1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 28, que entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data da publicação desta Lei.

A Violação do Princípio da Legalidade pelas Normas Penais em Branco: uma Visão Sistematizada do Estatuto do Desarmamento

Matheus Muniz Guzzo*

Sumário

1. Introdução. 2. A Evolução do Princípio da Legalidade e Sua Aplicação na Análise das Normas Penais em Branco. 3. A Complementação à Norma em Branco Formulada pelo Órgão Delegado *Ex Vi* do Estatuto do Desarmamento. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Uma análise jurídico-social dos crimes capitulados na Lei Federal nº 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento, sob a ótica do princípio da legalidade penal: é o que se pretende dissecar com o presente artigo. Pelas linhas das diretrizes principiológicas adotadas pelo Estado Democrático de Direito assumido pelo Brasil, a legalidade é invocada quando nasce no arcabouço jurídico repressor o que a doutrina adota como norma penal em branco, ante as peculiaridades desses tipos penais necessários de complementação para sua fidedigna interpretação. À luz do Estatuto do Desarmamento, diversos são os entraves criados a partir da regulamentação heterogênea da matéria bélica em território nacional, num dilema acirrado entre o que é observado juridicamente como arma de fogo e o que é visto socialmente como tal.

Palavras-chaves: Princípios gerais do direito. Legalidade penal. Normas penais em branco heterogêneas. Estatuto do Desarmamento. Armas de fogo.

1. Introdução

Os princípios são enunciações normativas de concepção abstrata que condicionam e conduzem a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação ou ainda para o processo de idealização e criação de novas normas. Entre eles, o princípio da legalidade traja-se da mais valente armadura assegurada aos indivíduos que atuam no campo criminal, levando seus efeitos à defesa da coletividade e à condução da ação positiva do Estado no seu mister de legislar. Nessa esteira, o Direito Penal é ramo das ciências jurídicas que exige obediência irrestrita à legalidade penal, na fase da elaboração de leis de cunho repressor e na aplicação dessas regras de conduta em práticas que as viole.

* Estagiário de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Sem o condão de adentrar profundamente ao pacificado pela doutrina quanto a concepção de norma em branco, o presente trabalho persegue a análise técnica dos tipos penais insculpidos na Lei Federal nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, para o alcance de um estudo objetivo quanto a violação principiológica identificada na aludida legislação infraconstitucional.

É desde a fecundação do Estatuto do Desarmamento que se abalam as estruturas do Estado Democrático de Direito assumido pelo Brasil, aos recentes primórdios em que o legislador ordinário delegou seu pético ofício de criar leis. Como não poderia ser de outra consequência, impasses jurídicos travam-se no plano concreto quando as normas penais carentes de complementação encontram seu exaurimento em órgão estranho àquele que as concebeu, cuja função atípica merece ser questionada.

Além de indagações dessa ordem, que são rotineiras no trato judiciário, o dia a dia é abundantemente composto de casos, aos quais o universo teórico trazido ao plano existencial não promove um estado de paz social, sustentando insegurança jurídica e infringindo a separação dos poderes.

A pesquisa se preocupou em tecer ideias edificadas sobre uma reanálise doutrinária acerca do Estatuto do Desarmamento, baseando as diligências da indagação científica na aplicação contemporânea da potencialidade lesiva e letal dos equipamentos bélicos disponíveis no mercado: necessária discussão acadêmica ante o tumulto jurídico-social provocado pelo uso indiscriminado de certas armas.

2. A Evolução do Princípio da Legalidade e Sua Aplicação na Análise das Normas Penais em Branco

A fonte única do Direito Penal é a lei. A afirmação emana da exegese do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, que reproduz no seu texto o brocardo latino *nullum crimen, nulla pena sine lege preavia*, isto é, não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Paulo Bonavides explica que a legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, ou seja, o procedimento da autoridade em obediência estrita com o direito estabelecido. Para ele, traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre em conformidade com as regras jurídicas vigentes, ao que afirma ser “a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula” (BONAVIDES, 2008, p.120).

O princípio da legalidade esteve expresso em todos os nossos Códigos, desde 1830, com o Código Criminal do Império, até a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Para o professor Rogério Grecco, a origem desse princípio remete à Magna Carta Inglesa, datada de 1215, cuja edição ocorreu no tempo do soberano João Sem Terra (GRECO, p.94, 2013), na redação do artigo 39, *ipsis litteris*:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto

fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Note-se que a obediência ao princípio da legalidade já se impunha desde então, limitando o aplicador das sanções pelas práticas de injustos penais a fazê-lo somente quando de fato a conduta do agente violasse o anteriormente estabelecido nas leis daquele povo. Não bastava a ocorrência de mera circunstância reprovável, mas necessária violação direta ao expressamente proibido.

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade normas permanentes e válidas que fossem fruto da razão e pudessem defender os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes, como semeia Bonavides. O objetivo era alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, como afirma acontecer onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se dá a qualidade de *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram submetidas a processo de elaboração prévio nem mesmo reconhecidas. Bonavides continua explicando que a legalidade, compreendida como a certeza que tem os governados de que a lei os protege ou de que nenhum mal, portanto, poderá advir do comportamento dos governantes, será então sob esse prisma, como queria Montesquieu, sinônimo de liberdade (BONAVIDES, 2008, p.121).

A fonte imediata do Direito Penal é puramente a lei. Não se trata de simples limitação à matéria jurídica em apreço, mas em verdadeira obediência à separação dos poderes e à própria legalidade em sentido estrito. No Brasil, o constituinte originário delegou privativamente à União competência para legislar acerca de Direito Penal (artigo 22, inciso I, CRFB/88), impedindo determinadamente a delegação de tal atribuição a outro ente federativo. Qualquer pretensa lei penal oriunda da administração estará incuravelmente maculada pela inconstitucionalidade.

Trata-se de reverência aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. O Poder Legislativo na esfera federal editará normas que versem sobre matéria penal como resultado de um justo processo de discussão social e observância à realidade que será submetida a tal imposição. O processo legislativo é marcado por intensos debates, onde a vontade do povo é ouvida pela representação dos deputados em sintonia com os interesses dos Estados, por meio de seus senadores, e a finalística chancela do Executivo quando da apreciação presidencial, tudo isso em reverência ao rito previsto na Constituição Federal para o processo legislativo pátrio.

Ultrapassar tal processo sem o atendimento de tamanha complexidade é banalizar a vontade soberana do povo, esta que estará inferiorizada à frente dos anseios obscuros de determinada parcela da sociedade.

O princípio da legalidade, portanto, deve ser o principal ponto de equilíbrio para a produção e aplicação das normas que traduzam matéria penal. As condutas praticadas deverão ser analisadas estritamente com base no que já constam válido

e eficaz no ordenamento jurídico, de modo que a violação se dê por incontroversa ofensa ao que a lei anteriormente proibiu. Além disso, o tipo incriminador deve ter origem na vontade soberana do povo que estabeleceu no seu conjunto de normas a proibição violada, quando então se despertará a pretensão de punir e regenerar o infrator. Em caso contrário não haverá que se falar em prática de crime.

É em virtude do princípio da legalidade que, somente por intermédio de uma lei penal, se podem proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção.

As normas de caráter penal, que traduzem uma conduta proibida, prevendo pena para aqueles que praticam ou deixam de praticar ato contrariando a lei, devem ser o mais precisamente delimitadas, de modo que sobre elas não paire dúvida acerca do seu objetivo principal. Deve o tipo penal conter redação clara e objetiva que bem exponha qual é a intenção do legislador em positivá-la, seja no Código Penal, seja em leis extravagantes.

No corpo da norma que versa sobre matéria criminal deve haver elementos textuais que *per si* tornem suficientes a sua hermenêutica. A edição de tipos incriminadores que não determinam precisamente qual a conduta ilícita torna a legalidade vulnerável, considerando que certos comportamentos não adotados pelo legislador poderão ser selecionados pelo operador do direito no caso concreto.

No entanto, nem sempre é possível determinar com precisão todo o contexto da tipificação. À norma que necessita de complementação dá-se o nome de norma penal em branco. A expressão “em branco”, mais tradicionalmente usada pela doutrina, cumpre exatamente o objetivo de classificá-la como “vaga”, eis que haverá o seu aplicador de lançar mão de outros meios para delimitar com precisão qual é o preceito primário perseguido.

No entendimento de Alejandro W. Slokar, Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, existem hipóteses nas quais a lei penal se limita a estabelecer uma cominação, deixando que outra lei – que pode ser também uma lei em sentido estrito forma, porém geralmente não é – determine ou complemente a caracterização da ação proibida. Para o magistrado argentino, as leis penais em branco, que também foram conhecidas como leis nacionais complementadas por outras provinciais na época imperial, tinham vigência independente da outra que as complementavam, como resultado da teoria das normas Binding, que afirmava que o tipo destas leis não repete a definição da conduta proibida pela norma, senão que, pelo contrário, é um branco cujo conteúdo provirá da norma. Deste modo, como a norma pertencia a um âmbito extrapenal, a lei em branco tinha vigência desde sua sanção, enquanto que a sanção da norma era só um pressuposto para sua aplicação. Mas, Alejandro W. Slokar, Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista discordam:

Não compartilhamos esse critério, porque não se pode afirmar que haja um tipo penal quando só se existe uma pena legal, carente da ação típica, o que lhe impede cumprir sua função de programação

criminalizante. Tendo em vista sua natureza discutível, essas leis apresentaram múltiplos problemas interpretativos e constitucionais. a) Quando as leis que as complementam estão vigentes na época de sua sanção, o legislador costuma referir-se a ela usando o verbo no pretérito, mas às vezes pode ele empregá-lo no futuro, ocasião em que a operatividade da lei só se efetua com a sanção da norma complementar. Em caso de dúvida, caberia entender que a norma em branco alude a normas futuras. b) Surge outra questão quando a lei penal é complementada por norma pertencente a um âmbito jurídico que admite a analogia, motivo que a tornará sempre inconstitucional. c) Não menos complexo é o caso de sucessivas leis complementares, em especial quando elas deixam de considerar proibida a ação: para aqueles que afirmam não integrarem elas o tipo penal, seria indiferente, com o que manter-se-ia a punição de condutas descriminalizadas. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.204/205.)

O fenômeno ocorre porque nem sempre o legislador ao tempo da edição da norma era capaz tecnicamente de estabelecer os parâmetros para a identificação do seu objetivo de punição. Faltou ao Legislativo conhecimento específico acerca do tema, optando o poder por estabelecer em outro diploma a complementação necessária ao entendimento da alma do tipo incriminador.

Quando a complementação sobrevier da mesma fonte legislativa, estaremos diante de norma penal em branco homogênea. Ou seja, o órgão que editou a norma cujo texto depende de complementação é o mesmo que cria seu ato normativo complementar, estabelecendo agora com precisão ao que se refere o preceito primário na parte “em branco”.

A título de conhecimento, trazem-se à colação as lições do Ministro Félix Fischer que, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 9.834, caso originário de São Paulo, lecionou com maestria a diferença entre normas penais em branco homogêneas homovitelinas e heterovitelinas, esclarecendo que naquelas a norma complementar tem o mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal. E cita como exemplos os tipos do art. 338 do CP (Reingresso de estrangeiro expulso), que é complementado pelo art. 5º, §1º, do CP (define a extensão do território nacional para efeitos penais). Quanto às normas em branco heterovitelinas, Fischer ensina que elas têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito. Dessa vez, o exemplo que dá é o art. 178 do CP (emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*), que é complementado pelas normas (comerciais) disciplinadoras desse título de crédito.

De outro lado, teremos norma penal em branco heterogênea quando a complementação sobrevier de fonte legislativa diversa daquela que concebeu o tipo incriminador. Trata-se de delegação legislativa que, como será visto adiante, ofende os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Semeando da mesma crítica, Zaffaroni aduz que, além desses problemas de difícil solução, não é fácil demonstrar que a lei penal em branco não configura o que chama de “delegação legislativa constitucionalmente proibida”. O magistrado argumenta que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que, quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima, não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. Zaffaroni considera o argumento válido, porém não suficiente. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes; hoje sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. Para ele, a manifestação provoca uma mudança quantitativa: “através das leis penais em branco, o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito”. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.205/206.)

Isso porque o Constituinte originário, ao estabelecer na Carta Magna a separação dos poderes como princípio do direito brasileiro, quis que coubesse privativamente ao Poder Legislativo a função por excelência de criar leis. Cabe, pois, à União editar normas que se refiram à matéria penal, como estabelece o artigo 22, I, da Constituição Federal.

Neste ponto, reporto-me às considerações iniciais acerca do princípio da legalidade. Somente a lei ordinária poderá estabelecer em matéria criminal o que haverá de ser entendido como crime, sendo certo que somente o Poder Legislativo estará apto a fazê-lo.

Ainda lançando mão dos memoráveis ensinamentos de Alejandro W. Slokar, Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista:

A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade*, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador. (ZAFFARONI, 2003, p.206.)

O absurdo é tamanho: as normas penais em branco heterogêneas, aquelas cuja complementação emana de fonte legislativa diversa, poderão encontrar sua complementação até mesmo em resoluções baixadas por órgãos estatais delegados, como são os casos da Lei de Drogas, cuja regulamentação acerca de entorpecentes é proveniente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e do Estatuto do Desarmamento que atribui ao Exército Brasileiro a função de regulamentar a matéria sobre arma de fogo.

Imperioso dizer que o ato normativo que complementar o preceito primário poderá alterá-lo à discricionariedade do seu editor, eis que não submetida ao árduo processo de criação de determinada lei pelas vias estreitas do procedimento previsto na Constituição. A facilidade em sua alteração torna o ambiente jurídico instável, de modo que a soberana vontade popular tornar-se-á prejudicada. A abstenção do legislativo no processo de delimitação do cerne da norma em branco marcará a fase mais importante para a conclusão do tipo penal com a ausência daquele que é o seu criador e destinatário imediato: o povo.

3. A Complementação à Norma em Branco Formulada pelo Órgão Delegado *Ex Vi* do Estatuto do Desarmamento

A Lei Federal nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 surgiu com o propósito de aprimorar a Lei nº 9.437/1997, que regulava as matérias de arma de fogo em território nacional e instituiu o Sistema Nacional de Armas (Sisnarm). A Lei de Armas foi editada com novo caráter: repressor ao porte, comercialização e transporte de arma de fogo. O novo diploma demonstrou claramente a intenção do legislador em diminuir o índice de criminalidade com o emprego de artefato com alto potencial lesivo, obliterando no ordenamento brasileiro figuras típicas vinculadas às armas de fogo.

O Promotor de Justiça do Estado do Tocantins, Felício Soares, aponta que desde a época do Código Criminal do Império, de 1830, o fato de alguém andar armado em desacordo com o regramento estatal afronta o “princípio da confiança”. Para o membro do Ministério Público, “o legislador já visualizava a temerosidade que estes artefatos significam para vários bens jurídicos (v.g. patrimônio, integridade físico-psíquica, liberdade sexual, vida etc.); e assim se sucedeu com a Lei de Contravenções Penais e as Leis Federais nº 9.437 e 10.826/2003”. (SOARES, 2011, p.55.)

O Estatuto surge, então, como resposta social à necessária repressão ao crescimento bélico no Brasil, seja por conta dos grupos criminosos, seja por conta dos indivíduos isoladamente. Enquanto aqueles ainda mais se fortificavam com o terror disseminado por meio das armas, fazendo delas a sua principal forma de execução de intentos criminosos, estes se utilizavam do mesmo artifício para a prática de crimes singulares.

Fernando Capez rege o tema no espaço:

Assim como na lei anterior, tutela-se, principalmente, a incolumidade pública, ou seja, a garantia e preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida saúde e patrimônio dos cidadãos

indefinidamente considerados contra possíveis atos que os exponham a perigo. Distingue-se dos crimes de perigo previstos no Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal (periclitção da vida e da saúde – arts. 130 a 136), uma vez que nestes últimos se protege o interesse de pessoa (perigo individual) ou grupo específico (perigo determinado), enquanto os arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/2003 punem somente as condutas que acarretam situação de perigo à coletividade em geral, isto é, a um número indeterminado de indivíduos. Convém ressaltar que algumas figuras típicas podem proteger concomitantemente outros bens jurídicos; por exemplo: o art. 13 tutela também o próprio menor ou a pessoa portadora de deficiência mental. (CAPEZ, 2014, p.355.)

Inegável, pois, que o uso de arma de fogo deveria ser reprimido, evitando-se, assim, o crescimento da indústria bélica, bem como a aquisição desimpedida de armamento pelos particulares.

Ocorre que o legislador, ao tempo da edição das normas penais gravadas no Estatuto, não se viu apto suficiente a determinar com precisão quais eram os instrumentos que deveriam ser enquadrados na expressão arma de fogo. Para tanto, a Lei se ateve a gravar no corpo do tipo incriminador modo genérico de redação, de sorte que a complementação inevitavelmente tornar-se-ia necessária ao seu entendimento.

Em 2003, quando foi criada a Lei nº 10.826, os parlamentares idealizaram e fizeram constar no tipo da carta legislativa expressão normativa que se enquadrasse ao já conhecido instituto das normas penais em branco. Estas, cuja complementação se daria em momento posterior, somente produziriam efeitos a partir do momento em quem o técnico para decifrá-la tornasse público seu entendimento.

Sobre a vigência da Lei nº 10.826/2003 e a sua ulterior complementação, Fernando Capez novamente ensina que o Estatuto do Desarmamento entrou em vigor na data de sua publicação: 23 de dezembro de 2004, no Diário Oficial da União. Para o jurista, certos dispositivos legais (arts. 29, 30 e 32), no entanto, tiveram o termo inicial do prazo modificado pela Medida Provisória nº 174, de 18 de março de 2004 (convertida na Lei nº 10884, de 17/06/2004), publicada no Diário Oficial da União de 19 de março de 2004, passando a ser não mais a data da publicação da atual Lei de Armas de Fogo, mas a da publicação da regulamentação. (CAPEZ, 2014, p.465.)

Quanto ao Estatuto do Desarmamento, por tratar-se de questões relativas a poderio bélico, coube ao Exército Brasileiro regulamentar o que se haveria de entender como arma de fogo, nos termos do artigo 23 da Lei nº 10.826/2003. As forças armadas, portanto, estudariam quais os maquinários, calibres, formas de munição etc. deveriam ser observadas pelo aplicador da norma como objeto do tipo incriminador primário.

Em estudo sobre armas, Felício Soares ratifica o que ora é discorrido:

Os preceitos penais incriminadores do Estatuto do Desarmamento são *normas penais em branco*, por exigirem complementação de outro dispositivo normativo. Assim, em virtude do *princípio da taxatividade dos tipos penais*, o complemento da norma deve ser exposto na denúncia, bem como indicado na sentença, sob pena de inépcia da inicial acusatória e/ou nulidade da decisão, respectivamente.

Esse requisito mostra-se indispensável, pois além de atender ao princípio da *nulla pena sine lege*, é com base na indicação do complemento que o Estado-juiz poderá reconhecer a incidência numa figura penal ou noutra (v.g. armas/calibre *permitido* ou *restrito*); o que acarretará sensível variação no *quantum* abstrato da pena, bem como em matéria de mérito defensivo.

Levando-se em conta que, desde o ano de 1997 (Decreto nº 2.222/1997, posteriormente alterado pelo Decreto nº 3.665/2000, já existe regulamentação técnica sobre o assunto, o texto do art. 23 do Estatuto do Desarmamento deve ser interpretado no sentido de que a competência para a classificação técnica de artefatos controlados será do chefe do Executivo Federal, sob proposta do Comando do Exército. (SOARES, 2011, p.79.)

O legislador esquivou-se do árduo trabalho de criar uma lei penal suficiente à interpretação por si mesma, transferindo sua função originária a determinado órgão desincumbido constitucionalmente de legislar. Poderia valer-se de suas comissões e assessoramentos – desde sempre presentes na estrutura parlamentar – para cumprir fielmente com seus deveres previstos na Constituição, mas não o fez. Acomodou-se em delegar seu ofício, desestabilizando a segurança jurídica do ordenamento repressor.

A complementação heterogênea – já que a fonte legislativa do complemento é diversa, enquanto a norma penal da Lei advém do Congresso Nacional e a resolução que permite sua interpretação origina-se do Exército Brasileiro – macula o princípio da legalidade, como já argumentado alhures.

Embora muito se diga a respeito da validade do artigo 23 do Estatuto, argumentando-se que o Comando do Exército tão somente dará as diretrizes sobre o controle dos artefatos lesivos, em verdade os Decretos do chefe do Executivo Federal continuam por macular a máxima taxatividade da lei penal, considerando não se revestirem da forma constitucionalmente prevista a que se adere como Lei.

Como se não bastasse a violação em apreço, o órgão delegado não tem se mostrado atento aos mais novos anseios sociais, quiçá contribuindo com a impunidade de agentes que causam mal à sociedade e não são retribuídos negativamente por tanto, em virtude de omissão regulamentar.

Diante da incumbência legislativa de editar resoluções e baixar portarias que regulamentem a matéria acerca das armas de fogo em circulação nacional, adentrar ao mérito da eficácia dos dispositivos complementadores das normas penais gravados no Estatuto do Desarmamento revela-se exatamente o objetivo do presente estudo.

Sem voltar os olhos às discussões polêmicas sobre o posicionamento atual do Exército Brasileiro perante o cenário de instabilidade econômica e política da democracia brasileira, já que este não é o cerne do artigo ora em mãos, necessário se faz indagar o operador do Direito acerca da efetividade desse órgão delegado em cumprir com a função erroneamente a ele atribuída.

Frise-se que o *grave error* consta na sua função legislativa superveniente à edição da norma penal em branco, considerando que somente a União tem competência legislativa para criar leis que tratem de matéria criminal, conforme já sustentado em linhas pretéritas.

Quando se confere ao Comando do Exército a atribuição de regulamentar os critérios adotados para a definição do que são armas de fogo dentro do território nacional, atribui-se a este órgão desvestido de função legislativa o poder concreto de legislar. Está-se diante de cabal ofensa ao princípio da legalidade, também como já aduzido neste trabalho.

D'outra banda, tem-se a omissão do órgão público perante os novos anseios sociais de repressão ao crime, de atualização quanto às novas tecnologias e de conhecimento dos novos mecanismos bélicos.

Se ao menos o órgão regulamentador desenvolvesse atividade eficaz na esfera de atuação prática da norma que reprime a circulação, venda e fabricação de armas em território nacional, poderia se cogitar em menor prejuízo jurídico consequente da ofensa ao princípio basilar do direito penal. Mas não é isso que a realidade deste povo expõe.

Numa análise perfunctória, percebe-se que a última resolução do Exército foi a Resolução nº 105 (R-105) chancelada pelo Executivo Federal através do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, este que tem como anexo o inteiro teor da dita resolução administrativa. O documento elaborado pelo Comando do Exército carrega em sua razão de ser a limitada realidade fática da época do seu desenvolvimento.

Inquestionável que o conjunto bélico da atualidade supera anos luz o que se tinha no final do século XX. As mudanças sociais implicam alterações do cenário jurídico, acarretando no imprescindível aprimoramento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e, principalmente, a criação de leis novas que atentem aos anseios da população que roga por segurança.

Tem-se hoje a inércia do legislador originário, delegando a órgão desprovido de função legislativa o ofício de regular a matéria penal e este, quando e se o faz, não atende à realidade social – como não poderia se esperar de outra forma, uma vez que consequência inevitável da violação da legalidade.

O atropelamento ao rígido procedimento constitucional da criação de leis ordinárias consequentemente gera uma série de prejuízos práticos à atuação positiva dos operadores do Direito, ultrapassando a mera discussão acadêmica acerca da violação ao princípio ora invocado. A omissão legislativa ou a má complementação formulada pelos órgãos delegados (na hipótese de fonte heterogênea) tem despertado no caso específico da Lei nº 10.826/2003 resultados decisivamente prejudiciais à defesa da sociedade *lato sensu*.

Ao se tomar em mãos a Lei nº 10.826/2003, depara-se com diversas normas em branco. O Capítulo IV da aludida carta se encarrega de guardar os artigos que tipificam condutas ilícitas, acrescentando ao acervo criminalista novos tipos penais.

Já no primeiro dispositivo do Capítulo IV, o artigo 12, vemos com nitidez várias expressões que *per se* não esclarecem o ideal repressivo do legislador que o concebeu. *Ipsis litteris*: “possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)”.

Não se sabe o que haverá de se entender por “arma de fogo”. É desconhecido como se distinguirá “uso permitido” de “uso restrito” (art. 16). A *ratio legis* de “em desacordo com determinação regulamentar” é obscura. São várias as expressões usadas na matéria legislativa que atraem a necessidade de interpretação complementar, de sorte que, enquanto não acrescidas, continuarão impassíveis de aplicação.

Destaque-se, por imprescindível, o crime inscrito no artigo 15 do Estatuto em análise, que trata do delito de disparo de arma de fogo. A enxuta redação legal prevê como crime o simples ato de disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências. Trata-se de crime de perigo abstrato, não havendo necessidade de dano concreto para a submissão dos agentes às suas penalidades.

Nessa atividade, o mais latente – de novo – é a expressão arma de fogo, já que o aplicador da norma deverá ser conhecedor do que as determinações regulamentares semeiam como tal, para então, superado o questionamento, julgar a conduta do agente que acionou o mecanismo bélico em lugar habitado ou nas suas proximidades. Um tipo incriminador gerado como de simples análise jurídica, em virtude de ser turbado por norma em branco, torna-se imediatamente de difícil compreensão.

O artigo 15 é exemplo claro da deslealdade na aplicação concreta do objetivo legislativo de origem. A difícil compreensão do seu texto penal e, inevitavelmente, o bloqueio de sua aplicabilidade, obviamente não compunha o *animus* do legislador, já que a conduta coibida pelo tipo em comento é simplesmente reprimir o disparo de armas com potencial lesivo próximo de residências e de locais povoados. Todavia, a impossibilidade de se alcançar a coibição é atrelada estritamente à dificuldade de compreensão de quais equipamentos não poderão ser acionados e quais não estarão sujeitos à repressão estatal quando seus projéteis forem lançados.

Interessante, igualmente, é sublinharmos o trecho “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. O que estiver em desconformidade com

previsão legal, isto é, previamente estabelecido em lei, sem dúvidas deverá ser objeto de repressão por parte do Estado. Já quanto à determinação regulamentar, esta deverá ser interrogada.

O legislador cuidou de prever expressamente a distinção entre a determinação proveniente do processo legislativo clássico e a determinação emanada do que chama de “regulamentar”. Este último vocábulo revela com clareza a permissão a que se dá a terceiro de editar o regulamento, à mercê do que a Constituição resguardou à lei infraconstitucional.

A ofensa à legalidade, portanto, surge desde a concepção das normas inscritas no Estatuto do Desarmamento, perpassando seus efeitos inconstitucionais aos regulamentos criados por órgãos delegados incompetentes para tais labores.

Felício Soares busca explicar o conceito de arma de fogo em duas espécies. O primeiro, técnico: “todo artefato possível de expelir projéteis, por meio de expansão de gases originada de uma detonação”; o segundo, patrimonial: “um componente do patrimônio ativo de alguém” (SOARES, 2011, p.01.)

A concepção de arma de fogo é legalmente definida no artigo 3º, inciso XII, do Anexo do Decreto federal nº 3.665/2000:

Arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

A interrogação acerca do que se aprecia da expressão condiciona o resultado à aplicação processual dos crimes entalhados no Estatuto do Desarmamento, já que a simples leitura dos tipos penais ali presentes não permitem ao julgador concluir precisamente se a conduta de determinado indivíduo configura a prática delituosa nele prevista. Sem a complementação que advém de fonte diversa àquela que criou o diploma primário, ficam atadas as mãos do julgador para o conhecimento da lide.

A problemática origina-se bem antes da resolução da ação penal pelo magistrado. No momento em que a autoridade competente tem por conhecimento a prática de fato em tese delituoso, surge a indagação característica da amplitude que tem a norma em branco. Determinado fato deve ser visto como violador de conduta proibida?

Tenhamos por exemplo o caso de um cidadão que na condução de veículo automotor é abordado por policiais durante ação de Lei Seca. Ao olharem pelo vidro lateral do carro, os milicianos percebem que o condutor do veículo transportava consigo uma arma de pressão, equipada com luneta *laser* e munições. A princípio, um agente público desconhecedor do regulamento que complementa o Estatuto do Desarmamento pode equivocadamente conduzir o indivíduo à delegacia policial

e, diante de um inspetor que pouco conhece da Lei, ter por lavrado um registro de ocorrência imputando-lhe a prática do crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, isto é, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Na ilustração anterior, as medidas adotadas pelos agentes públicos transparecem a impressão do homem comum de que determinado equipamento com ostensiva aparelhagem já é desde o início visto como potencialmente lesivo. Isso porque a evolução histórica do que se tem por crime denota que determinada ação que põe em risco iminente a sociedade e ameaça a integridade corpórea, abalando os ditames da paz social, possivelmente já se encontra proibida no ordenamento.

Em verdade, a obliteração da proibição na lei aconteceria se propriamente o povo fosse o autor da complementação necessária ao tipo penal *a priori* violado. Mas, a conclusão do que se haverá definitivamente por crime dar-se-á à revelia da vontade popular, uma vez que exercida à discricionariedade de reduzido grupo social.

O fato narrado anteriormente não se restringe, porém, a mirabolante exemplo acadêmico. Comumente, o judiciário depara-se com inquéritos policiais e ações penais, imputando a alguém a prática de crime atinente à arma de fogo quando na verdade trata-se de arma de pressão.

A título de exemplo, aconteceu na cidade de Cordeiro, situada na região centro-norte fluminense, episódio em que um homem foi detido por policiais que cumpriam um mandato de prisão expedido com base em denúncias de que o indivíduo guardava em sua residência armas de fogo. O homem foi preso em flagrante delito e conduzido à 154ª Delegacia de Polícia do Estado do Rio de Janeiro em razão de terem sido encontradas em sua residência carabinas de pressão (POLÍCIA CIVIL..., 2017.)

Neste ponto, já *prima facie* anote-se que o Departamento de Material Bélico do Exército Brasileiro editou a portaria nº 036-DMB/09 de dezembro de 1999, na qual o artigo 16 prevê que as armas de pressão não são armas de fogo: “Art. 16. As armas de pressão, por ação de mola ou gás comprimido, não são armas de fogo, atiram setas metálicas, balins ou grãos de chumbo, com energia muito menor do que uma arma de fogo”.

Então, qual seria o resultado do caso concreto ocorrido na aludida cidade interiorana referente à situação jurídica do homem preso em suposto flagrante por guardar uma arma de pressão que não é adotada pelo ordenamento pátrio como arma de fogo para fins penais? Lamentavelmente, sem sopesar o constrangimento da condução coercitiva e a submissão ao indesejável interrogatório policial, o registro de ocorrência lavrado em seu desfavor *per se* provocará no indivíduo danos insanáveis, já que agora sua visibilidade social poderá ter sido atingida simplesmente pela condução coercitiva da força policial.

Mas as armas de pressão, como as espingardas de chumbinho, vão além da simples utilização doméstica. Grupos criminosos já têm lançado mão desses artefatos no poderio ostensivo de suas facções. Os armamentos carregados por chumbo são ideais para a conclusão de intentos delituosos: são visualmente grandes, com canos longos, suas munições são extremamente baratas e produzem resultados altamente lesivos.

Na decisão da apelação criminal nº 0006003-35.2015.8.19.0003, julgada em 30 de agosto de 2016, o TJRJ narrou caso em que armas de pressão eram usadas por traficantes no exercício de suas atividades ilícitas. O que então apelava mantinha em depósito, no interior de sua residência, certa quantidade de entorpecentes (10g de cocaína, distribuídos em 25 *ependorf*), além de diversos outros artefatos próprios ao tráfico, como folhas impressas com os textos “Bem-Vindo à Caputera Pó de 15 CVRL”, “Bem-Vindo à Caputera Pó de 25 CVRL” e “Bem-Vindo à Caputera Pó de 50 CVRL”, 1 binóculo, 1 balança de precisão, 1 rádio comunicador, 1 bateria de rádio, 3 carregadores de rádio, 1 capa de colete balístico e 2 espingardas de chumbinho, além de 1 embalagem de chumbo (RIO DE JANEIRO, 2016.)

Os equipamentos com alto potencial lesivo não se limitam, contudo, às carabinas de pressão. Ultimamente, a Polícia Militar vem empregando em suas atividades coercitivas as chamadas “balas de borracha”, que são projéteis compostos de látex, ditos como de baixa agressividade.

A munição de borracha tem sido utilizada principalmente em manifestações políticas, no escopo de conter eventual tumulto causado nos grandes centros e assegurar a ordem pública, sob o argumento de que as balas de látex produzem resultados lesivos mais brandos que as lesões corpóreas provocadas pelo impacto dos projéteis de metal. No entanto, não é essa a realidade revelada pelos fatos cotidianamente apresentados pela mídia.

Já em 2013, o fotógrafo Sérgio Silva perdeu a visão após ser atingido por uma bala de borracha em um dos olhos durante as manifestações do ano de 2012. Sérgio entregou ao secretário de Segurança Pública de São Paulo uma petição contendo mais de 45 mil assinaturas rogando pelo fim do uso de balas de borracha pela Polícia Militar (VALLONE, 2014.)

Desde lá – sem prejuízo dos casos anteriores – o número de lesões corporais provocadas por balas de borracha disparadas em manifestações populares tem aumentado alarmantemente. Mas, ao que parece, nenhuma coibição ao uso desimpedido desse artifício bélico tem sido tomada pelas autoridades competentes.

No caso das munições de borracha, o impasse jurídico novamente se trava ao interrogar-se o operador do direito sobre as consequências concretas desses fatos. Possuir ou manter sob sua guarda balas de borracha podem ser considerados como condutas ofensivas ao Estatuto do Desarmamento? Trata-se de munição para arma de uso permitido ou restrito? O indivíduo que atinge outro com bala de borracha responderá criminalmente? E aquele que apenas a tem em depósito?

A força militar vem utilizando esse equipamento como um grande achado para agir na democracia como se age num estado de exceção. A impunidade de condutas abusivas praticadas por agentes públicos e o estado de revolta social que geram tais atitudes são consequências crescentes no cenário nacional, principalmente diante da instabilidade política vivida pelo Brasil e a tentativa de contenção do direito de livre manifestação.

Voam sorratamente as balas de borracha, nas asas da não letalidade, da baixa lesividade e da permissibilidade legal, lesionando, incapacitando e matando.

Vislumbra-se claramente uma série de impasses jurídicos e sociais que acometerão desde a sociedade, passando pelos indivíduos isoladamente até a atuação positiva do Estado. A população se vê desamparada diante do potencial lesivo de determinadas armas que livremente circulam pelas ruas das cidades. O indivíduo que as tem, por outro lado, está sujeito de ser, a qualquer momento, alvo de inquérito policial ou mesmo de se tornar réu em ação penal. Por fim, o Estado é dependente da complementação fornecida por seus órgãos indiretamente dotados de autonomia para, como bem entenderem e ao tempo que julgarem por conveniente, atualizarem o complemento do dispositivo incriminador em branco.

4. Conclusão

A legalidade, portanto, atua como um dos mais relevantes princípios norteadores do direito penal. Almejando traçar diretrizes que busquem a perseguição de um processo criminal mais justo, obedecendo à origem única e exclusiva da lei, o princípio da legalidade aplica-se desde a elaboração de uma norma até a execução fiel desta, socorrendo os indivíduos de eventuais surpresas, garantindo a segurança jurídica e fazendo respeitar a basilar separação de poderes.

Com vista a regulamentar as normas sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição no Brasil, a Lei nº 10.826/2003 prevê uma série de condutas reprimidas, assim definindo novos crimes no ordenamento jurídico repressor. Todavia, os tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento denotam normas penais em branco, assim julgadas por necessitarem de complementação para uma boa exegese.

Ocorre que os complementos das normas em branco emanam de fonte legislativa diversa daquele que criou o preceito primário. O legislador delegou sua função legislativa a órgão desprovido do constitucional ofício de criar leis, autorizando o Exército Brasileiro a desenvolver os critérios adotados na análise dos equipamentos bélicos que devem ser observados juridicamente como armas de fogo.

Se a única fonte do direito penal é a lei, definir crimes através de resoluções e portarias macula o princípio da legalidade. A aludida violação *incontinenti* desencadeia resultados indesejáveis à estruturação do arcabouço jurídico, de sorte que os prejuízos provocados na esfera de atuação do Direito abarcam todos os atores da Justiça, ultrapassando os limites técnico-processuais e atingindo cabalmente a paz social.

O impasse perpassa, ainda, por fatores controversos da aplicação dos tipos penais inscritos no Estatuto do Desarmamento, como é o caso das armas de pressão que não são vistas como armas de fogo em qualquer hipótese prática. A criminalidade cresce como um arranha-céu, lançando mão da atipicidade da conduta de possuidores de armas de pressão.

Enquanto o órgão delegado não tutela a sociedade definindo novas concepções do que é proibido pela Lei nº 10.826/2003, avança desimpedida a criminalidade. Desimpedida, como não poderia ser de outra forma, afinal o deslize originário é do legislador que não insculpiu cuidadosamente o tipo penal e agora arca com os prejuízos inerentes à imprecisa lapidação de terceiro.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BRASIL. *Decreto nº 3.665 de 20 de novembro de 2000*. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Brasília, DF: 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.
- _____. *Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003* (Estatuto do Desarmamento). Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.
- _____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. *Portaria nº 036-DMB de 09 de dezembro de 1999*. Aprova as normas que regulam o comércio de armas e munições. Brasília, DF: 1999. Disponível em: <http://www.mariz.eti.br/portaria_36_DMB.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Criminal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9834 / SP (2000/0029128-5)*. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=200000291285>. Acesso em: 08 maio 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- POLÍCIA CIVIL CUMPRE MANDADO E DETÉM SUSPEITO COM ARMA EM CORDEIRO. *Folha Itacarense*. Publicado em 23 de março de 2017. Disponível em: <<http://folhaitaocarense.blogspot.com.br/2017/03/policia-civil-cumpre-mandado-e-detem.html?m=1>>. Acesso em: 08 maio 2017.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal nº 000600335.2015.8.19.0003*. Rio de Janeiro, RJ: 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.050.04921>>. Acesso em: 08 maio 2017.
- SOARES, Felício. *Manual sobre armas de fogo para operadores de direito*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- VALLONE, Giuliana. *Fotógrafo que perdeu olho pede a secretário fim do uso as bala de borracha*. Folha de São Paulo. São Paulo, 25 jan. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1402819-fotografo-que-perdeu-olho-pede-a-secretario-fim-de-bala-de-borracha.shtml>>. Acesso em: 08 maio 2017.
- ZAFFARONI, E. Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

Garantismo *versus* Punitivismo: o Equívoco da Contrariedade

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos*

“Reconhecer o mal não significa a ele render-se. O crime, conforme ensina Durkheim, é lamentavelmente normal; mas só é normal se for combatido e evitado! Essa velha lição parece ter sido esquecida no Brasil. Um sintoma disso é quando se tem dúvidas do remédio; ou quando os remédios aprofundam ainda mais o crime, fazendo com que vício e virtude se confundam a ponto de se perder o fio da meada.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. Equilíbrio entre o Direito à Liberdade e o Direito à Segurança: a Pessoa Humana como o Centro da Tutela Penal. 3. Processo Justo: Equilíbrio entre Garantismo e Eficiência. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O foco do presente trabalho é alertar para a falta de coerência em se colocar o garantismo contrário ao punitivismo. A polarização política atual brasileira simplifica uma questão que é complexa.

Punir uma conduta humana que, com intenção deliberada, atente contra a vida, a liberdade física ou sexual, causando dano ou ameaça de dano a uma outra pessoa, é dever de um Estado Democrático de Direito, assegurando todas as garantias à pessoa acusada.

Punir² é necessário para demonstrar a reprovabilidade da conduta e para que as vítimas não façam justiça com as próprias mãos, dentro de um espaço que respeite as garantias previstas na Constituição Federal, na legislação e tratados internacionais, tanto para o acusado, quanto para aqueles que foram lesados. A pergunta que se faz é: como punir de maneira coerente e em consonância com os direitos humanos?

As agências de controle social, sem se descuidar dos direitos do acusado, também devem respeito à vítima concreta, na consideração de que o Estado, através de seus agentes, tem o dever de garantir a todos, num Estado Democrático de Direito, o direito à vida, integridade física e sexual, como direitos inatos, e cuidados especiais de assistência para aqueles em situação de vulnerabilidade.

* Doutoranda em Direito Penal pela UERJ. Membro do MPRJ.

¹ Roberto DaMatta. *Jornal O Globo*. Dia 11.10.2017.

² Ou seu equivalente (como a reparação do dano na justiça negociada).

Assim, além do cuidado com os direitos do acusado, ao se reconhecer a importância do Garantismo, com o respeito às garantias individuais e coletivas previstas na Constituição Federal e Tratados Internacionais, aos acusados em geral, urge o reconhecimento da necessidade de que os serviços públicos de segurança e persecução criminal atuem com eficiência para proteger as vítimas potenciais e as vítimas concretas, apurando a verdade dos fatos de forma isenta e respeitosa com todas as pessoas humanas envolvidas.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende focar a importância da centralidade da pessoa humana como fundamento principal do ordenamento jurídico, numa perspectiva funcionalista, o que traz diversas consequências para o direito penal, tanto legitimadora, quanto limitativa. Será defendida a importância do equilíbrio entre a liberdade e a segurança, demonstrando que os excessos tanto de um quanto do outro são prejudiciais para o sistema criminal e, por fim, será abordada a questão do garantismo e da eficiência, com a valorização da correta aplicação do direito penal, com reflexões sobre a existência de um direito penal administrativo e a importância da reparação do dano.

2. Equilíbrio entre o Direito à Liberdade e o Direito à Segurança: a Pessoa Humana como o Centro da Tutela Penal

Devemos atentar para a necessidade de centralização do sistema criminal (direito penal, processo penal e suas agências) na pessoa humana, atentando para o fato de que, além da violação da lei de um Estado quando do cometimento de um crime, existe um conflito humano que envolve pessoas que sofrem e merecem atenção. Nesse sentido, surge a importância de uma ressignificação da vítima e um equilíbrio de atenção estatal entre os personagens principais desse conflito: autor e vítima.

A liberdade de um indivíduo encontra o seu limite na liberdade do outro. Quando a liberdade é invadida e um dano é causado a um bem jurídico de grande relevância, o Estado não só está autorizado a intervir, mas tem o dever de reequilibrar o sistema. A pessoa é livre sobre si mesma desde que não cause danos a terceiros, pois, para se viabilizar a vida em sociedade, os direitos de cada pessoa devem ser restringidos a fim de que se compatibilizem com a atribuição de iguais direitos a todas as demais³. Kant, como defensor do caráter absoluto e incondicionado da dignidade humana, reconheceu essa impostergável necessidade, ao enunciar a sua conhecida fórmula sobre o princípio universal do Direito: "aja externamente de modo que o uso livre do seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal"⁴. Assim, conforme nos ensina Stuart Mill⁵, impedir danos a terceiros é

³ MILL, Stuart em *Os Clássicos da Política*, 2º volume, organizador Francisco C. Weffort. Volume II. São Paulo: Ática, 2005, 10ª ed. p.207.

⁴ KANT, Immanuel. *La metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p.40.

⁵ MILL, Jonh Stuart. On Liberty. In: *Great Books of the Western World: American State Papers, The Federalist, Stuart Mill*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1971. p.267-323.

justificativa legítima para a imposição de restrições à liberdade individual. A ideia de que o exercício da liberdade de uma pessoa pode ser validamente limitado para se evitar que lese direitos alheios sempre foi aceita, inclusive pelo liberalismo.

Assim, inerente ao conceito de direito, está presente a ideia de dever. Conforme nos ensina Hans Kelsen, citando Austin, “o dever é a base do direito”⁶. O direito à liberdade pressupõe o dever de que os demais, inclusive o Estado, não ofereçam embaraços a essa liberdade. O direito de viver significa que não serei morto por outra pessoa ou agente do Estado. O direito à integridade física significa que não serei agredido ou sexualmente constrangido pela atitude de outra pessoa.

Nas palavras de Kelsen⁷, talvez seja possível que não mais seja necessário “prescrever medidas coercitivas como sanções” ou que “exista uma ordem social que torne possível” uma substituição da técnica específica do Direito pela motivação voluntária, mas a história sempre confirmou, afirma ele: *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde há sociedade, existe o *Direito*, com a necessidade de leis a serem seguidas. Conquanto, afirma ele, sempre existisse “otimistas que julgaram tal condição possível e sonhadores políticos” que acreditaram em um desenvolvimento de uma sociedade livre de toda coerção, numa ordem natural justa que faz todos felizes, essa ordem justa ainda não foi realizada e está longe de ser concretizada, pois não se pode ignorar o impulso de agressão inato ao homem e que a felicidade de um muitas vezes é incompatível com a felicidade do outro⁸. O caráter utópico “da ideia de uma condição social não regulamentada por alguma ordem coercitiva”, que surgiu com o socialismo marxista, doutrina que explica “a única função do aparelho coercitivo representado pelo Estado o de manter a condição de uma sociedade dividida em classes” (na qual uma tem bens e explora a outra) e que “por meio da abolição da propriedade privada e socialização dos meios de produção, a necessidade de coerção desapareceria”, mostrou-se equivocada, explica Kelsen⁹, afirmando ainda:

Quem pensa que tal sociedade sem Estado é possível está fechando os olhos para o fato de que uma organização econômica tal como almejada pelo socialismo deve necessariamente ter um caráter autoritário. (...) Tal ordem social, mais do que qualquer outra, tem uma tendência para tornar-se totalitária, regulamentando todos os domínios culturais e, não menos, as relações sexuais dos indivíduos. (...) Ela deve necessariamente limitar a liberdade do indivíduo muito mais severamente do que o fez qualquer outro Estado. Só por esse motivo tal Estado deve contar com perturbações da parte de seus cidadãos, não menos do que devem as ordens jurídicas da

⁶ KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. Tradução Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.271.

⁷ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada. p.233.

⁸ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada. p.235.

⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada, p.235-236.

sociedade burguesa. (...) Se não são as necessidades econômicas incompletamente satisfeitas do indivíduo que podem levar a uma perturbação da ordem, serão outras necessidades – necessidades decorrentes do seu desejo de prestígio, de sua libido (...).¹⁰

Assim, conquanto as ideias socialistas tenham sido essenciais para assegurar os direitos sociais em diversos países, inclusive no Brasil, como ensino público gratuito, saúde e previdência pública, fundamentais num Estado Democrático de Direito, bem como os movimentos abolicionistas, com as reflexões trazidas por Nils Christie¹¹, Louk Hulsman¹², Vera Malaguti¹³ e outros, importantíssimos para a reflexão sobre o papel da vítima e as agruras do sistema carcerário, não se pode prescindir da importância e da legitimidade do direito penal.

O Brasil, atualmente, vive uma crise de valores. As taxas de homicídio cresceram assustadoramente após o ano de 2007¹⁴, sem contar os crimes de roubo e estupro, com problemas crônicos relacionados à subnotificação, conquanto tenhamos avançado em conquistas sociais¹⁵ e na tentativa de universalização do ensino fundamental.

Os direitos sociais nesse período aumentaram e diminuímos os índices de analfabetismo¹⁶. Todavia, crescem os números de vítimas de violência em nosso país¹⁷, o que se agravou com a crise econômica que se seguiu a partir do segundo mandato presidencial de Dilma Rousseff. Disputas políticas entre movimentos de esquerda e de direita se acirraram, trazendo reflexões sobre a questão da segurança pública no Brasil.

De qualquer forma, independente da linha política a ser seguida, há que se atentar para a centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado¹⁸. A dignidade da pessoa humana está positivada com destaque na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, considerada fundamento da República, e ainda mencionada nos artigos 170; 226, §6º; 227; 230. É mencionada ainda em diversos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico.

¹⁰ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada, p.237.

¹¹ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011

¹² Vide o livro *"Tributo a Louk Hulsman"* organizado pelos professores Nilo Batista e Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

¹⁴ Vide dados do Atlas da Violência 2017 do IPEA e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acessado em: 10/10/2017

¹⁵ Certamente o governo Luiz Inácio Lula da Silva, de 1 de janeiro de 2003 a 1 de janeiro de 2011, seguido do governo Dilma Rousseff, nos trouxe grandes avanços sociais.

¹⁶ <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/34167>

¹⁷ 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública publicado no site <www.forumseguranca.org.br/publicacoes>. Acessado em: 31/10/2017.

¹⁸ Ideia central dos direitos humanos. Vide também GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Organizadores). Prefácio da obra *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares* por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012, p.7. E outros.

O certo é que os pilares da ordem constitucional brasileira convergem para uma compreensão da pessoa humana como centro e razão última da ordem jurídica¹⁹. Uma pessoa concreta, enraizada, de carne e osso, que tem o direito de se autodeterminar, mas também experimenta necessidades e vulnerabilidades, notadamente ao ser vítima de um crime.

E quando falamos em direitos humanos, a titularidade é garantida a todos, pois são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna e unem toda a comunidade humana tanto na titularidade, quanto na sujeição passiva: “não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo”²⁰. A responsabilidade do Estado na proteção dos direitos humanos deve ser de forma global. Se por um lado, os agentes públicos não podem violar direitos humanos, também não pode o Estado permitir a violação dos direitos humanos por particulares.

Nesse sentido, o direito à segurança, considerado um dever de proteção do Estado a fim de que particulares não violem os direitos humanos dos demais, ganha um novo sentido quando analisado sob este viés humanitário. Assim, conquanto a segurança, seja fundamento da própria existência e legitimação do Estado²¹, a principal motivação que levou os homens a se reunirem e a erigirem, em conjunto, um poder político para os governar em busca da paz e da segurança para as suas vidas²², a nova abordagem da segurança como um direito humano ou direito fundamental (já que previsto na nossa Constituição) se faz necessária a fim de eliminar o ranço autoritário que alguns lançam sobre a temática. Não só o serviço de policiamento como o próprio direito penal e o poder punitivo são instrumentos de proteção dos direitos humanos²³, inclusive reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, Trajetórias e metodologia. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p.66. TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.177-179.

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30

²¹ HOBBS, Thomas. 1588-1679. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner; revisão da tradução: Eunice Ostrensky. Organizado por Richard Tuck. 3ª ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 148: “Considera-se que uma república tenha sido instituída quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser o seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem os seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens.”

²² SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015. p.29.

²³ Vide a atuação do Promotor de Justiça Celso Tertuliano da Cunha Magalhães, escolhido patrono do Ministério Público do Maranhão, buscando a punição criminal da Baronesa de Grajaú no Maranhão (1876-1877), acusada de maltratar e matar um jovem escravo de sua propriedade, Inocência. O processo criminal foi digitalizado pelo Ministério Público do Maranhão (Autos do processo crime da Baronesa do Grajaú 1876-1877/Programa Memória Institucional do Ministério Público do Maranhão; transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose da Silva. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2009).

²⁴ Cita-se, somente a título de exemplo, a primeira condenação do Brasil perante a Corte: No caso 12.237, conhecido como *Damião Ximenes Lopes (homicídio e maus tratos a deficiente mental – Ceará)*, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela demora de punição criminal dos envolvidos na morte do senhor Damião

Afinal, a finalidade do Direito Penal é a proteção da convivência humana em sociedade, selecionando os comportamentos tidos como mais intoleráveis, descritos como delitos, aos quais são previstas sanções institucionalizadas àqueles que o realizarem (cominação de penas), com a concreta função de proteção de bens jurídicos²⁵. Conquanto alguns autores sustentem que a missão do direito penal seria a de proteger relações sociais, interesses ou valores escolhidos pela classe dominante e contribuir para a reprodução daquelas relações, mantendo a desigualdade social²⁶, ou conter e reduzir poder punitivo²⁷, *essa visão é mais política do que jurídica*. Se o ataque encontra alguma justificativa em relação aos crimes patrimoniais, os argumentos perdem qualquer sentido em relação à necessidade de proteção da vida, integridade física e liberdade sexual. Maus tratos a crianças e estupro não são delitos que tutelam os valores escolhidos pela classe dominante, mas sim fruto do consenso da sociedade como um todo²⁸.

A proibição da justiça privada e o monopólio estatal do uso legítimo da força “só encontram justificção razoável se, ao mesmo tempo, o Estado se compromete a defender os direitos dos seus cidadãos em relação às ameaças e violações” de que estes podem ser vítimas por parte dos demais²⁹.

Ximenes Lopes – uma pessoa com deficiência mental – em um centro de saúde particular que operava dentro do Sistema Único de Saúde brasileiro, chamado *Casa de Repouso Guararapes*. Damião sofreu golpes e ataques contra sua integridade pessoal por parte dos funcionários da *Casa de Repouso* e morreu enquanto estava submetido a tratamento psiquiátrico naquele local. Houve falta de investigação e garantias judiciais que fomentaram a impunidade dos responsáveis pelas agressões. O fato ocorreu em outubro de 1999. Concluiu-se que o Estado brasileiro foi responsável pela violação ao direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados nos artigos 5, 4, 25 e 8, respectivamente, da Convenção Americana, devido à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, as violações a sua integridade pessoal e morte; bem como a obrigação de investigar os fatos. Foi recomendado que o Brasil realizasse uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos relacionados com a morte de Damião Ximenes Lopes ocorrida na *Casa de Repouso Guararapes* em 4 de outubro de 1999, visando à determinação da responsabilidade e sanção efetiva dos envolvidos; 2. Reparar adequadamente os familiares de Damião Ximenes Lopes pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório; 3. Adotar as medidas necessárias para evitar que ocorram fatos similares no futuro. A Comissão Interamericana considerou de suma importância o reconhecimento judicial dos fatos, pois o Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessárias e/ou não efetua uma investigação séria, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometidas seja por seus agentes ou por particulares. Assim, a falta de investigação oportuna por parte do Estado das diversas denúncias de mortes de pacientes nesta clínica, e as diferentes queixas de maus tratos de pacientes internados nesta instituição, foram consideradas condições que permitiram o resultado fatal no caso analisado. Foi mencionado que: “Se o Estado tivesse investigado poderia ter impedido que esta *Casa de Repouso* continuasse prestando serviços em nome e por conta do Estado brasileiro nas condições em que o fazia”. A partir desta perspectiva, foi considerado que o Estado não preveniu as condições que facilitaram e conduziram à morte do senhor Ximenes Lopes.

²⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. 2ª ed. p.5

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. Curitiba: ICPC, 2014. p.5a

²⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª ed., outubro de 2010. 1ª Reimpressão, julho de 2013. p.20.

²⁸ E o poder punitivo do Estado não se limita ao direito penal, sendo certo que também se manifesta no âmbito do direito administrativo, indicando sobre o assunto o livro do autor Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, da editora Revista do Tribunais.

²⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares. Universidade Católica Editora. Lisboa, 2015. p.63.

Assim, o direito penal, usando as palavras dos ilustres autores André Mauro Lacerda Azevedo e Orlando Faccini Neto, “longe de representar uma espécie de vilania, seria, ao contrário, um dos mais importantes mecanismos estatais de proteção do homem, indispensável, pois, à consolidação dos valores ético-sociais vigentes numa determinada sociedade.”³⁰

O direito penal é um dos pilares dos direitos humanos e instrumento de proteção da segurança, na medida em que a pena tem uma função preventiva geral negativa (a ameaça penal serve como intimidação geral), função preventiva geral positiva (esperança de que os valores tutelados pela norma sejam internalizados pela sociedade), preventiva especial negativa (retira de circulação o autor de um crime, na tentativa de neutralizá-lo), uma função preventiva especial positiva (busca a reintegração do autor do delito na sociedade – função ressocializadora)³¹ e ganha aspectos restaurativos, conforme será mais abaixo explanado.

Um Estado organizado concentra em suas mãos o poder punitivo, evitando que as pessoas façam justiça com as próprias mãos e quem o limita, primariamente, é o direito constitucional. O direito penal é um meio de controle social necessário que regulamenta o poder punitivo estatal, limitando-o, mas *também* criando as hipóteses de sua incidência na vida das pessoas (não há pena sem lei anterior que o defina) com a finalidade de tutelar valores fundamentais da sociedade, que reconhecem a proteção da pessoa humana como centro necessário da ordem jurídica. E, conforme ressalta Claus Roxin, não existe espaço para o abolicionismo penal, pois liberar o controle do crime de “parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo a paz social.”³²

E, na realidade, existe uma unicidade do poder punitivo estatal que engloba o direito administrativo sancionador e o direito penal³³. Afinal, em termos resumidos, visto que não há espaço para melhor discorrer o tema, a aplicação de uma multa administrativa, a suspensão do direito de dirigir, também é punição.

A eventual seletividade do sistema criminal não desmerece o Direito Penal como ciência, mas deve ser combatida através da melhor eficiência na investigação, apuração e aplicação das regras penais³⁴, maior participação da sociedade nas soluções

³⁰ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.14.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra Editora, 2001. p.65-111. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*/ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.6-9.

³² ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. 2ª ed. p.5.

³³ Vide: SABOYA, Keity. *Ne bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.103-152; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015; RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Infrações Administrativas em Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. p.634-635.

³⁴ As penas privativas de liberdade não são, há anos, as previstas para a maioria dos crimes. As reformas processuais incluíram várias penas restritivas de direito, como prestação de serviços à comunidade,

consensuais integradas ao Estado³⁵, na garantia de uma justa defesa e respeito aos direitos do acusado e no respeito às vítimas para que tenham confiança nas autoridades competentes, registrando o delito.

A tradicional desconsideração que o Direito Penal tem dado às vítimas é preocupante, na medida em que é ela um dos principais elementos de seletividade do sistema. Da sua decisão dependem a maioria dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais, que só excepcionalmente intervêm de forma pró-ativa, limitando-se, via de regra, a reagir ao registro feito pela vítima³⁶.

Ademais, sendo titular do direito à segurança, a vítima é um “partícipe necessário”³⁷ nas constelações dos delitos mais clássicos como estupro, roubo, estelionato, lesões corporais, homicídio, sequestro, ameaça, ou está diluída na sociedade, nos crimes contra o meio ambiente, sistema financeiro, terrorismo e tráfico de drogas. E se não existe uma vítima, ainda que diluída na sociedade, ou pelo menos a possibilidade que exista, não há delito.

Note-se que as novas tendências da moderna criminologia são, em parte, consequências de movimentos sociais a favor da vítima, dos quais se destacam grupos feministas³⁸, que solicitam uma intervenção mais enérgica e eficaz do Direito Penal na repressão e prevenção de delitos de violência doméstica e abuso sexual, ou de grupos que batalham contra os excessos policiais, proteção de crianças, entre outros.

Na consideração de que existem movimentos de direito penal em curso na sociedade, destacando-se três (maximizante, também denominado “lei e ordem”, minimizante, também denominado direito penal mínimo, e o abolicionista)³⁹, o importante é considerar que o delito não deve constituir um mero produto do arbítrio do legislador, mas, antes disso, o reconhecimento jurídico dos valores ético-sociais mais relevantes vigentes numa determinada sociedade⁴⁰, que considerem a pessoa humana como o centro dessa proteção. *Punitivista* é uma maneira pejorativa de designar alguém que acredita na legitimidade do direito penal, seja quem se insere no movimento maximizante (via de regra) ou, até mesmo, aquele incluído no movimento minimizante. Quem acredita que a punição criminal pode ter algum efeito positivo para a sociedade seria um “punitivista”⁴¹.

reparação do dano causado à vítima etc., vide os artigos 43 e ss. do Código Penal, Lei nº 9099/95 entre outros. Por sua vez, o regime é aberto para penas de até 4 anos de reclusão (art. 33§2ºc do Código Penal).

³⁵ Através da Justiça Restaurativa, com a participação da família e comunidade.

³⁶ 90% (noventa) por cento dos casos é a percepção registrada por Manuel da Costa Andrade na obra *O novo Código Penal e a moderna Criminologia*. Jornadas de Direito Criminal. Lisboa. 1983. p.187-234, mencionado por Selma Pereira de Santana, na obra *Justiça Restaurativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

³⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.128.

³⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. citada, p.148.

³⁹ Vide MAZZILI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴⁰ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.24.

⁴¹ É difícil conceituar uma palavra que não faz parte do vocabulário formal acadêmico, não é uma teoria, e que alguém real se sinta vinculado. Todavia, o termo se popularizou em debates e discussões teóricas

A crítica é pertinente quando as agências sociais relacionadas ao poder punitivo excluem a vítima da solução criminal⁴², sem atentar para a reparação do dano, e priorizando a privação da liberdade para crimes leves ou cometidos sem violência. Mas será que a afirmação de que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”⁴³ está correta?

Entendemos que a afirmação acima é equivocada. A pena criminal justa e humanizada, além de retribuição⁴⁴, tem caráter preventivo e restaurativo. A prisão de um estuprador contumaz certamente neutraliza o sujeito, detém lesões em curso, evidenciando o caráter preventivo especial negativo da pena. A Diretiva Europeia 2011/92/UE, que trata da luta contra o abuso sexual de crianças e pornografia infantil, além de recomendar a criminalização de diversas condutas, com um patamar mínimo para a privação da liberdade, prevê, no art. 10, que uma pessoa condenada por crimes sexuais fique impedida, temporária ou *permanentemente*, de exercer atividades profissionais de contato direto e regular com crianças, o que deve ser informado aos possíveis empregadores, num claro objetivo de proteção de vítimas potenciais, o que não acontece no Brasil⁴⁵.

A pena criminal, além de retribuição e prevenção, tem a função de restaurar a ordem jurídica no sentido de fazer com que a sociedade tenha confiança na validade da norma⁴⁶, reequilibra a paz social e deve determinar a reparação mínima dos danos causados. Todo aquele que provoca um dano está obrigado a equiparar o agir destrutivo com um construtivo, restabelecendo, como possível, a situação anterior⁴⁷ (em decorrência do princípio da reparação do dano, já previsto na nossa legislação⁴⁸, e também no direito alemão – *wiederherstellungsprinzip*⁴⁹).

nas quais um grupo, que não acredita no direito penal ou nas funções preventivas desse ramo do direito, designa aqueles que pensam em sentido oposto.

⁴² BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, E. Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015. p.41

⁴³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. citada, p.99.

⁴⁴ Necessária uma mensagem de reprovabilidade, um castigo proporcional ao mal causado pelo crime. A retribuição tem a ideia de proporcionalidade e, nesse sentido, é também limitativa. Quem pratica um crime não pode ser premiado, mas deve, na medida do possível, até como medida pedagógica, vivenciar uma experiência equivalente à conduta praticada. A Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, buscou limitar os excessos da vingança privada, deixando um marco de proporcionalidade na interpretação do que é justiça.

⁴⁵ E certamente muitos diriam que seria inconstitucional no sentido de ser uma pena perpétua. Será que é pena ou efeito de uma pena? Uma condenação criminal que, como efeito secundário, exonera o servidor do cargo, que destitui o poder familiar, também tem efeito permanente na vida daquela pessoa. O servidor não será reintegrado nem o pai verá seu poder familiar devolvido após o decurso do tempo.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Luiz Moreira, Coordenador e Supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, Tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p.20.

⁴⁷ PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p.25.

⁴⁸ Art. 5º XLV da Constituição Federal, Art. 91, I do Código Penal, art. 387, IV do Código de Processo Penal, Lei nº 9.099/95, entre outros.

⁴⁹ Vide os §46, 46º, 56b do StBG – Código Penal. Ver também PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012

Luigi Ferrajoli, em sua famosa obra que nos trouxe o conceito de garantismo,⁵⁰ ressalta que o direito e o Estado “não devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituir fins em si próprios, justificando-se, somente, por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos e, principalmente de garantir-lhes os direitos e a segurança”⁵¹. Ressalta o autor que toda vez que uma liberdade atenta contra outra liberdade, essa liberdade se converte em abuso, motivo pelo qual as leis de direito penal e processual penal são necessárias para impedir a violência entre particulares, no sentido de impedir que a força do mais forte prevaleça⁵². Todo movimento limitador de punibilidade é também, a um só tempo, “fundamentação de punibilidade”⁵³.

Ferrajoli não é abolicionista, mas um minimalista e, como autor do artigo inaugural do livro *Garantismo Penal Integral*⁵⁴, elogia o Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais, inclusive na área criminal. As condições empregadas para o sistema garantista seriam extraídas através de dez máximas latinas: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; e nulla probatio sine defensione*, consoante a própria interpretação de autores com visão crítica do direito penal⁵⁵, demonstrando que punição e garantismo coexistem.

O importante é que o bem jurídico protegido pela norma penal seja constitucionalmente relevante, respeitando-se o princípio da intervenção mínima e subsidiariedade do direito penal⁵⁶. Aliás, a concepção de bem jurídico limitativo decorreu da introdução do princípio do *harm principle*, discutido no direito penal anglo-americano e proposto em 1859 por Stuart Mill, que se baseia na ideia de que somente o dano a outros (*harm to others*)⁵⁷ pode ser penalmente sancionado⁵⁸. O bem

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragioni: teoria del garantismo penale*.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.207.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. (...) Ob citada. p.858.

⁵³ PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p.37.

⁵⁴ *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-29.

⁵⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p.25-26.

⁵⁶ A respeito do princípio da intervenção mínima e subsidiariedade, verificar: BEZÉ, Patricia Mothé Gliöche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51-54; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 64-65; MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.31; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 2ª reimpressão, março de 2015, p.82-88, entre outros.

⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle na obra Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.133-149.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. Tradução Luis Greco. Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.42.

jurídico na qualidade de valor, e conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, mas da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica⁵⁹ e a ela deve estar conectado. Consoante a definição dada por Luis Greco⁶⁰, na linha de Roxin, bens jurídicos seriam “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”.

O exagero de transferir a regulamentação de todos os conflitos humanos e aspectos da vida comunitária ao direito penal enfraquece não somente a liberdade, mas também a segurança, na medida em que as agências de controle não terão condições físicas e materiais suficientes à devida investigação criminal, com a proteção das vítimas concretas e potenciais para a garantia da segurança pública. Assim, o excesso de penalização, ao ampliar o poder punitivo do Estado para áreas que não focam na proteção de bens relevantes da pessoa humana, é arbitrariedade, violando a Constituição Federal. Somente ações perigosas para um bem jurídico, constitucionalmente legítimo, podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos⁶¹.

No Brasil, ao contrário do que ocorre na Alemanha e em outros países, é assegurada a liberdade sexual entre pessoas maiores e capazes, de modo que o direito penal não se insere na vida íntima e sexual entre tais personagens⁶². Podemos afirmar que existe vedação constitucional a uma interferência do Estado na vida sexual de adultos e capazes no Brasil, com base no princípio da dignidade humana e na pluralidade de famílias consagradas pela Constituição⁶³. Na Alemanha, a doutrina ainda discute se é possível a criminalização de relações sexuais entre irmãos adultos e capazes, pois o Tribunal Constitucional entendeu de forma positiva⁶⁴.

Por sua vez, no Brasil, ainda é um grande tabu utilizar a Lei dos Crimes Hediondos e aplicar penas privativas de liberdade em regime fechado para torturadores de crianças⁶⁵, ou penas privativas de liberdade longas e com vedação de visitas íntimas

⁵⁹ TAVARES, Juez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.177-179

⁶⁰ GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.89.

⁶¹ GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.34. É preciso que a conduta incremente um risco não permitido e que o resultado lesivo seja decorrência dessa conduta.

⁶² Não há crime de incesto entre adultos maiores e capazes. Não há crime de adultério. Não há crime de homossexualidade. Não se criminaliza a prostituta (profissional do sexo).

⁶³ CF art. 1º, inciso III (dignidade humana). CF art. 226, §3º e 4º (permite outras formas de família além daquela protegida pelo casamento, de modo que se tem reconhecido que o rol que admite a união estável e as famílias monoparentais não é taxativo, mas apenas exemplificativo, admitindo-se outras).

⁶⁴ É crime na Alemanha a prática de relações sexuais entre irmãos adultos e capazes (crime de incesto). §173, 2 do StGB (Código Penal Alemão). Vide NEUMANN, Ulfried. *Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal* (Rechtgut, Verfassung und die Grenzen des Strafrechts). Tradução de Antônio Martins na obra coletiva *Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.525-526. E vários outros, visto que é uma das questões centrais do conceito limitativo do bem jurídico, ao se excluir a moral.

⁶⁵ Caso da menina Vitória, que foi brutalmente espancada pelo pai e depois morta por ele quando o Tribunal modificou a pena dada inicialmente de 7 (sete) anos de prisão no regime fechado, reduzindo-a para 3 (três) anos no regime aberto, fundamentando na inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos

para líderes de facções criminosas com práticas de homicídios reiterados, inclusive contra policiais, o que certamente seria hipótese de prisão perpétua na Alemanha, sem qualquer questionamento. Afinal, na Alemanha, homicídios qualificados não prescrevem, sendo cabível a prisão perpétua⁶⁶, admitida pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁶⁷. Nos Estados Unidos, admite-se a pena de morte. Nossa Constituição Federal, com razão e com a humanidade que lhe é peculiar, veda a prisão perpétua e a pena de morte (art. 5º, XLVII). Como punir, então, com todas as garantias constitucionais, dando dignidade aos presos, mas com escassos recursos financeiros?

O descontrole do crime no Brasil, com a morte reiterada de policiais, escandaliza qualquer país civilizado. A ausência de punição criminal efetiva (neutralizando a atuação criminosa do agente preso) ameaça a ordem democrática, visto que as forças armadas somente deveriam atuar em situações excepcionais e de guerra. Precisamos pensar em alternativas à prisão tradicional, que de fato no Brasil vem demonstrando fomentar mais criminalidade do que segurança. Porém, punir é necessário e neutralizar o agressor também.

O problema central do sistema penal, no dizer de Eugênio Pacelli, não se localiza em uma imaginária disputa entre a liberdade individual e a segurança pública, pois o Direito, em todas as suas manifestações, no ponto em que regula comportamentos, já é uma limitação à liberdade individual⁶⁸.

A missão do Estado é garantir aos cidadãos uma vida em segurança e liberdade sob a proteção dos direitos humanos, de modo que segurança e liberdade sejam equilibrados⁶⁹, buscando-se “a máxima eficácia possível a ambos”⁷⁰ com respeito à pessoa humana.

3. Processo Justo: Equilíbrio entre Garantismo e Eficiência

Antonio Scarance Fernandes, que conquistou a Livre-Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com a monografia que se tornou o livro “O

e precedentes do STJ. O pai saiu da prisão e agrediu a filha de cinco anos até a morte, em retaliação pelo fato da mesma ter contado no Conselho Tutelar sobre as torturas sofridas e que ensejaram a sua prisão. Processo nº 0029754-94.2015.8.19.0001 (crime de homicídio) perante a 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Processo nº 0036809-40.2012.8.19.0203 (crime de tortura) perante a 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá. Estado do Rio de Janeiro. Réu Alessandro dos Santos. 5ª Câmara Criminal do TJRJ (00368094020128190203). Data do Julgamento 15/10/2013.

⁶⁶ Vide a previsão expressa no §78 e §211 do StGB (Código Penal Alemão).

⁶⁷ Vide o caso HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM (Application no. Julgamento em 17 de janeiro de 2017. Situação na qual houve invasão de domicílio, o estupro de uma jovem de 18 anos e a morte de seus pais e irmão na Inglaterra).

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.5.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari; Nereu José Giacomoli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.39: “O poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível”.

⁷⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.41.

Papel da Vítima no Processo Criminal”⁷¹, também idealizador da linha de pesquisa da pós-graduação em Direito Processual da referida Universidade, denominada “Eficiência e Garantismo”, ressalta, ao fazer referência aos direitos à liberdade e à segurança, como principais interesses no âmbito do processo criminal, que todos nós temos o direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, nos garantam segurança e nos assegurem liberdade.

Define-se *garantismo* como um conjunto de garantias legais, nos prismas subjetivo e objetivo, que assegure ao acusado de um crime a sua defesa e liberdade em face de excessos do Estado⁷² e *eficiência* como um procedimento que, em tempo razoável, e respeitando as garantias do acusado e da vítima, permita-se aos órgãos de persecução penal descobrir a verdade a respeito de um crime e fazer agir o direito penal, com o menor dispêndio de tempo, de custo e de sofrimento humano.

Necessário que haja um equilíbrio entre eficiência e garantismo para se alcançar um resultado justo em que sejam efetivados os direitos à segurança e liberdade do indivíduo⁷³.

Assim, enquanto o garantismo tem por foco o acusado, a fim de que sejam asseguradas as garantias individuais e estruturais do processo, a eficiência também tem base constitucional, prevista no art. 37 de nossa Carta Magna, direcionada aos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Douglas Fischer, ao explicar o termo *Garantismo Penal Integral*⁷⁴ ressalta que a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Normas de hierarquia inferior ou interpretações judiciais não podem solapar ou restringir o que já está bem delineado constitucionalmente na seara dos direitos e deveres fundamentais, ressaltando que o art. 5º está inserido no capítulo que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. E o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos), como imperativo constitucional, não está apenas em evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também

⁷¹ Publicado pela Editora Malheiros no ano de 1995.

⁷² Antonio Scarance Fernandes ressalta que o termo pode ser utilizado em várias acepções e que Luigi Ferrajoli se refere a três aspectos do vocábulo (modelo normativo de direito, teoria jurídica de validade e efetividade e filosofia jurídica) em FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.10, nota de rodapé.

⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.10.

⁷⁴ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.39.

na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) dos atos ilícitos e, em sendo o caso, da punição do responsável⁷⁵.

Com a organização do Estado, definiram-se estruturas e órgãos dirigidos à atuação eficaz do direito punitivo, prevendo-se, nos procedimentos, atos e fases destinados a assegurar a ação de tais órgãos, que precisam agir com eficiência na proteção dos direitos à segurança da população. Ao lado da estruturação de tais órgãos, um serviço público essencial com a função de garantir a segurança pública, em contraposição ao fortalecimento da atuação estatal, foram afirmadas garantias essenciais para assegurar ao acusado meios para se defender e para proteger a sua liberdade, garantias estas que se formaram na longa evolução histórica do processo penal e que estão previstas nos ordenamentos como garantias do devido processo legal.

A vítima, que num passado distante encontrava-se no centro dos interesses dos sistemas punitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, foi neutralizada com o fortalecimento do Estado, momento no qual o *jus puniendi* passou exclusivamente a este. O Estado foi alçado à condição de garantidor da ordem pública, responsável pela investigação de crimes e detentor do direito de impor a sanção penal e passou a tratar a vítima como mera comunicadora do crime, objeto de prova e testemunha dos fatos.

O Direito Processual Penal se desenvolveu e se preocupou exclusivamente com os direitos de defesa do acusado, renegando a um segundo plano os direitos das vítimas. Afinal, com a finalidade de limitar o poder estatal, o processo penal construiu-se em torno da pessoa do acusado e ateu-se tão somente aos seus direitos fundamentais. O momento em que a vítima entra em contato com os órgãos de Justiça Penal, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência pode fazer iniciar para ela um novo processo de vitimização, denominado vitimização secundária ou sobrevitimização⁷⁶.

A vítima, nesta concepção de que o crime é mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, foi esquecida pelo Direito Penal e Processual Penal, mas vem readquirindo importância pelos movimentos da vitimologia, que ressalta existir na base do crime um conflito humano, gerador de expectativas diversas para além da mera pretensão punitiva estatal, refletindo um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o infrator e a vítima. O delito passa a ser compreendido como um processo social, uma interação entre o delinquente, a vítima e a sociedade, que resulta num dano, que deve ser reparado. A vítima, assim, tem expectativas com o sistema de justiça que merecem atenção, notadamente de ser tratada com respeito e consideração, direito a

⁷⁵ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.45.

⁷⁶ RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014, p.55 e 56. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.111.

receber informação e assistência, e que o dano sofrido seja minimamente reparado. Alguns estudos científicos demonstram, ademais, que o que a vítima mais espera e exige é justiça num prazo razoável e não uma compensação econômica⁷⁷.

Vislumbra-se, assim, a importância de serem criadas alternativas que privilegiem a vítima ao tempo em que se respeite o acusado, equilibrando as duas figuras como sujeitos de direito.

Afinal, o processo penal é um sistema de regras e princípios que deve permitir a atuação eficaz dos órgãos de persecução penal e, ao mesmo tempo, assegurar a plena efetivação das garantias do devido processo legal, com respeito ao acusado e à vítima, ambos protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

E resta evidente que não há braços e pernas suficientes para o cumprimento do princípio da obrigatoriedade com a apuração de todos os crimes e a persecução penal de todas as infrações penais que acontecem no mundo dos fatos. Verifica-se, assim, que somente alguns delitos são apurados, alguns ajuizados, outros prescrevem e a média do processo penal tradicional brasileiro até transitar em julgado é longa, com praticamente quatro instâncias de julgamento e inúmeros recursos judiciais. Essa demora já ensejou a condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos e certamente fere a eficiência do serviço público prevista no art. 37 da Constituição Federal.

A duração razoável do processo, prevista no art. 5º LXXVIII, é um direito do acusado e também da vítima, conforme se verifica das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos condenando o Brasil por não punir em tempo razoável, notadamente nos casos de Ximenes Lopes, Nogueira de Carvalho, Sétimo Garibaldi, Gomes Lund e Maria da Penha (esta no âmbito da comissão). Evidente, assim, que a execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126292, do ano de 2016, já que a prestação jurisdicional relacionada aos fatos foi cumprida e os recursos às Cortes Superiores não têm, via de regra, efeito suspensivo.

A busca pela eficiência dos serviços de persecução penal, sem abrir mão das garantias de defesa do acusado, no sentido de que haja uma justiça célere e eficaz, que efetivamente aplique o direito material ao caso concreto, se faz premente.

Em primeiro lugar, nem tudo pode ser caracterizado como crime, conforme apontado acima. Comportamentos considerados imorais, como adultério, ou relações sexuais entre adultos e capazes, mediante pagamento financeiro, por exemplo, não podem ser considerados crimes. Há uma necessidade de focar em questões relevantes para a pessoa humana, deixando, de *lege ferenda*, para o direito administrativo a

⁷⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*/ García-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Tradução e notas da primeira parte*: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.69.

violação de simples regras de conduta⁷⁸ ou exigências administrativas⁷⁹, para o direito civil conflitos que envolvem o interesse econômico de empresas⁸⁰, ou litígios essencialmente patrimoniais⁸¹ e, via de regra, as ofensas contra a honra. Uma reforma da parte especial do Código Penal é altamente recomendável, pois há nítida falta de proporcionalidade na comparação de diversos tipos penais, como, por exemplo, estar dirigindo com uma carteira de habilitação falsificada não pode ser mais grave do que estar dirigindo conscientemente um carro roubado⁸², com essa diferença drástica de tratamento em relação à suspensão do processo, cabível somente em relação ao último. É preciso priorizar a pessoa humana, de modo que lesões ou ameaças à integridade física (homicídio, roubo, latrocínio, maus tratos contra crianças) ou sexual (estupro) estejam no topo da proteção, além do combate à corrupção (essencial ao funcionamento adequado da proteção estatal).

Por sua vez, nota-se que, felizmente, há uma notável mudança do direito penal tradicional para uma espécie de direito penal administrativo, com enfoque na reparação do dano e em penas restritivas de direitos⁸³. Via de regra, nas condenações com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, é adotado o regime aberto (art. 33, §2º, c do CP), ou a pena é substituída por restritiva de direitos (art. 44 do CP) ou é cabível a suspensão da pena (art. 77 do CP). A pena privativa de liberdade deixou de ser a sanção mais importante no âmbito do direito penal, o que nos deve deixar atentos para as questões de violência. Ainda que não seja possível a substituição da pena por restritiva de direitos quando o crime seja praticado com violência (art. 44, I do CP), não é praxe que haja uma fiscalização e supervisão próxima dos condenados por crimes violentos no regime aberto.

O Ministério Público e o Poder Judiciário precisam melhor se estruturar para a fiscalização da execução das penas diversas da privativa de liberdade e do regime aberto, notadamente quanto à prestação de serviços à comunidade, que deveriam receber um enfoque maior do administrador público.

Por sua vez, com uma menor quantidade de crimes a serem registrados e investigados, focando-se nas questões relevantes para a pessoa humana (intimamente relacionadas à vida, integridade física e sexual e combate à corrupção), as agências de controle poderão melhor otimizar seu trabalho e atender ao cidadão.

Afinal, como destinatária dos serviços de segurança pública prestados pelo Estado e como decorrência do princípio da eficiência, a vítima precisa ser tratada com respeito e consideração, como preconiza a Resolução 40/34 de

⁷⁸ Como pescar em período proibido (crime previsto no art. 34 da Lei nº 9.605/1998) ou a prática do jogo do bicho (art. 52 da Lei das Contravenções Penais).

⁷⁹ Como deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo (crime previsto no art. 74 do Código de Defesa do Consumidor).

⁸⁰ Como a venda de CDs e DVDs piratas (crime previsto no art. 184, §2º do Código Penal e reconhecido pela Súmula 502 do STJ), furto de energia elétrica ou sinal de TV (crime previsto no art. 155, §3º).

⁸¹ Dano ao patrimônio (art. 163 do Código Penal) ou apropriação indébita (art. 168 do Código Penal) que não atingem significativamente o patrimônio da pessoa lesada.

⁸² Artigos 180 e 304 do CP.

⁸³ Vide a Lei nº 9.099/95.

1985 da ONU, e vem ganhando o reconhecimento do legislador brasileiro. O pensamento científico-criminológico moderno inclui, quando se menciona um crime, não apenas o seu autor e a sociedade, *mas redescobre a própria vítima como protagonista passivo, que deve ter seus danos valorados e ressarcidos dignamente.*⁸⁴

As Leis nºs 11.340/2006, 11.690/2008, 12.845/2013 e 13.431/2017 ressaltam a importância de que haja o respeito à vítima como pessoa humana dotada de dignidade. O direito a atendimento adequado, por sua vez, vem previsto na Lei nº 12.845/13, que diz respeito do tratamento que lhe deve ser conferido na área de saúde quando sofre violação a sua integridade sexual. O art.201, §4º do Código de Processo Penal (CPP) garante a separação física do agressor e vítima no ambiente do fórum.

O direito da vítima à informação e à privacidade vem previsto nos parágrafos 2º, 3º e 6º do art. 201 do CPP. O direito à escuta diferenciada vem previsto no art. 217 do CPP e pela Lei nº 13.431/2017, que garantem o depoimento judicial em sala diversa do acusado, através de videoconferência, seja para a vítima adulta (art. 217 do CPP) e notadamente para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual (sala de depoimento especial). Insta ressaltar que a Lei nº 13.431/2017, além de garantir o atendimento humanizado das crianças na rede de atendimento, inclusive em Delegacias, recomenda a antecipação de provas, pela regra prevista no art. 156 I do CPP, de modo que seja realizada sua oitiva em juízo o quanto antes mediante o depoimento especial através de profissionais devidamente capacitados.

Ainda em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da eficiência que se exige do poder público, está expressamente previsto que as vítimas têm direito a atendimento multidisciplinar, previsto no art. 201, §5º do CPP.

Por sua vez, a vítima também tem o direito a resguardar a sua segurança durante e após o processo penal, conforme previsão na Lei nº 9.807/99, que criou o programa de proteção a vítimas e testemunhas, com a finalidade de resguardar a sua integridade física quando necessita de uma proteção mais contundente.

Por sua vez, há uma tendência atual na busca da justiça consensual, seja em relação aos crimes menos graves (mediação penal e justiça restaurativa) e também aos mais graves, como acontece em relação à colaboração premiada. Sem o auxílio e relato de integrantes de organizações criminosas, os crimes a estas vinculados dificilmente são desvendados. Não somente é importante para a sociedade o esclarecimento dos fatos, mas atende ao interesse do acusado fazer do resultado do processo algo previsível, o que permite a avaliação de prós e contras de um acordo, que deve incluir o ressarcimento do dano causado como medida ressocializadora e restaurativa⁸⁵.

Uma pena justa e proporcional ao delito cometido, que não se restringe à privação da liberdade, uma vez que nossa legislação penal assegura diversas penas

⁸⁴ Comentários de Cezar Roberto Bittencourt na Apresentação da 2ª edição da obra *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*/ Garcia-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.8

⁸⁵ Vide o art. 13, incisos II e III da Lei nº 9807/99; art. 4º, incisos IV e V da Lei nº 12.850 (artigos que mencionam expressamente a recuperação total ou parcial do produto do crime e a localização das vítimas.

restritivas de direito (art. 43 do Código Penal), reparação mínima do dano causado⁸⁶, a qual inclusive é requisito para a concessão da suspensão condicional do processo, livramento condicional e outros⁸⁷, faz parte de um Estado Democrático de Direito. A justa punição criminal tem uma função restaurativa, além das tradicionais funções retributiva e preventiva, eis que restaura a ordem jurídica violada, a paz social e deve reparar minimamente os danos causados, conforme já ressaltado. A reparação do dano causado à vítima não é uma questão de interesse exclusivo privado, conforme ressalta Pablo Galain Palermo⁸⁸, mas guarda relação com o dano social causado pelo delito, havendo quem defenda inclusive que funcione como uma Terceira Via do Direito Penal⁸⁹ (consequência jurídica autônoma do delito⁹⁰). O fato é que a reparação do dano mínimo causado à vítima de um delito⁹¹ não pode ser ignorada pelo sistema criminal, excluída da sentença⁹² ou dos acordos de justiça penal negociada⁹³. Além de contrariar a Resolução 40/34 da ONU e a própria legislação penal e processual penal, a total transferência da questão da reparação do dano para a esfera cível não atende ao princípio da eficiência.

Por sua vez, é necessário que haja punição mais severa para os crimes mais graves (crimes praticados com violência), notadamente para réus reincidentes, que não se ajustam ou não têm interesse em respeitar os direitos dos demais. Nem sempre há interesse de ser “ressocializado” e não se pode impor um modo de vida a alguém que não quer segui-lo. Mas o que fazer? Se a morte, a prisão perpétua ou o banimento não são opções dentro do nosso Estado Democrático de Direito, por expressa vedação constitucional, como agir para proteger os demais? A resposta não é simples.

É preciso pensar em alternativas à prisão tradicional, como as APACs, já bem utilizadas no Estado de Minas Gerais⁹⁴, notadamente para os crimes de violência

⁸⁶ Art. 387, inciso IV do CPP

⁸⁷ Condição para o *sursis* (CP, art. 78 §2º), para o livramento condicional (CP, art. 83, IV), para a reabilitação criminal (CP, art. 94, III) ou para a diminuição da pena (CP, art. 16). Nos crimes praticados contra a administração pública, a reparação do dano é condição para a progressão de regime (art. 33, §4º) e motivo de extinção da punibilidade no peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou causa para redução pela metade da pena imposta quando já tiver ocorrido o trânsito em julgado (art. 312, §3º). A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Criminais, e menciona como um de seus objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima; II. A Lei nº 9.249/95, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; III. A Lei nº 9.503/97 (alterada pela Lei nº 9.602/98) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória; IV. A Lei nº 9.605/98, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano; V. A Lei nº 9.714/98, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária no art. 45, §1º. A Lei nº 12.850/2013, que trata a respeito das organizações criminosas e dá especial relevância à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais para a colaboração premiada (art.4º, inciso IV).

⁸⁸ PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p.73

⁸⁹ Projeto Alternativo Autônomo proposto por Claus Roxin e outros autores (AE-WGM – *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*) em 1992.

⁹⁰ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁹¹ A Diretiva Europeia 2012/29/UE garante no art. 16 que os Estados membros promovam medidas para incentivar os autores de crimes a indenizarem adequadamente as vítimas. A Diretiva europeia 80/2004/CE, garante indenização paga pelo Estado a todas as vítimas de crimes dolosos e violentos.

⁹² Está previsto no art. 387, IV do CPP e art. 29 da LEP.

⁹³ Seja na mediação penal, justiça restaurativa ou na colaboração premiada.

⁹⁴ Vide www.mg.gov.br/instituicao_unidade/associacao-de-protECAo-e-assistencia-aos-condenados-apac. Acessado em 5 de janeiro de 2018.

doméstica, onde o agressor tem sua liberdade restringida num ambiente de responsabilidade individual. Outra alternativa seriam espaços abertos, porém isolados e devidamente monitorados, como era a vida nos países comunistas, nos quais todos trabalham em prol da coletividade de acordo com suas habilidades, num ambiente igualitário, vedando-se a entrega de produtos externos, mesmo que gratuitos por parte de familiares⁹⁵.

O Estado brasileiro não é um bom gerente de prisões. Isso resta evidente. Modelos de prisões conforme sugerido por Jeremy Bentham, no estilo Panóptico (formato circular com a supervisão central para a melhor visão dos presos), embora haja crítica da doutrina seguindo Michel Foucault⁹⁶, são o modelo arquitetônico que deveria ser utilizado no Brasil⁹⁷, garantindo uma visão ampla mesmo com poucos funcionários supervisores. Nota-se que a Lei de Execuções Penais jamais saiu do papel. Administradores públicos deveriam ser bem capacitados em faculdades específicas de administração pública. É preciso que haja oferta de trabalho e práticas restaurativas no cárcere para que os condenados que causaram danos possam reparar o prejuízo causado às vítimas, tal qual determinado nos artigos 28 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Por sua vez, não é razoável que um processo judicial tenha uma duração que ultrapasse 5 (cinco) anos para transitar em julgado. A duração razoável do processo vem sendo objeto de questionamento nas Cortes de Direitos Humanos⁹⁸, tanto por acusados, quanto por vítimas.

O professor Leonardo Greco em seus dois textos “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo”⁹⁹ e “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”¹⁰⁰ nos traz importantes considerações aplicáveis ao processo penal. Ressalta o ilustre professor que a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende de tutela jurisdicional efetiva, pois sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas ela própria também um direito fundamental, cuja eficácia é preciso assegurar em respeito à dignidade humana. O processo, como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, com a equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da

⁹⁵ Nada de televisão, internet, cigarros ou algo que se possa associar ao mundo “capitalista”. Uma vida simples onde o preso possa, num ambiente aberto, porém isolado, ter contato com a natureza, plantar seu próprio alimento e compartilhar com os condenados, pelo mesmo tipo legal, uma sociedade diferente daquela à qual não se adaptou.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 32ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. p.167.

⁹⁷ Esse modelo é largamente utilizado no exterior.

⁹⁸ A Itália talvez seja o país com mais condenação em Corte de Direitos Humanos por violar a duração razoável do processo.

⁹⁹ GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier, 2013. p. 1-46.

¹⁰⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo*. Publicado em <www.mundojuridico.adv.br>, em 18/03/2002. Acessado 3/10/2017.

verdade objetiva: “um meio justo para um fim justo”¹⁰¹. No decorrer de sua explanação, o professor discorre a respeito das garantias individuais e estruturais, e garantias específicas do processo penal. Entre as garantias estruturais ressalta a *efetividade qualitativa*, mencionando que o processo somente constituirá garantia efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Também assinala como garantia estrutural a razoável duração do processo.

Conforme ressalta Leonardo Greco, citando Chiovenda, “a justiça deve dar ao titular do direito tudo aquilo a que ele tem direito de acordo com o ordenamento jurídico, com o menor dispêndio de *tempo, de custo e de atividade humana*”¹⁰².

Dentro dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para se ter um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos¹⁰³. Ou seja, para alcançar um resultado justo, é necessário equilibrar eficiência e garantismo, no sentido de que se faça atuar as normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, assegurando ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa da sua liberdade¹⁰⁴, dentro de um procedimento que respeite o acusado e a vítima como pessoas humanas detentoras de dignidade, seja no processo tradicional adversarial ou no devido processo consensual¹⁰⁵.

Nesse sentido, a eficiente e justa atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário diante do *ius puniendi* estatal afigura-se “um direito social constitucionalmente assegurado”¹⁰⁶, incluído no conceito de garantismo penal integral. Punitivismo (punição criminal) e garantismo, dessa forma, não são conceitos que se excluem, mas que se complementam.

Assim, sem se descuidar do princípio da intervenção mínima, e da subsidiariedade, de estar atrelado a um bem jurídico constitucionalmente relevante, o direito penal e a aplicação da pena criminal¹⁰⁷ são mecanismos de expressão de garantias constitucionais¹⁰⁸.

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo*. Publicado em: <www.mundojuridico.adv.br>, em 18/03/2002. Acessado em 3/10/2017, com a referência acima mencionada na primeira página.

¹⁰² GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier, 2013.p.2

¹⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.9

¹⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Ob. citada, p.10.

¹⁰⁵ Estamos inseridos num movimento mundial evoluindo para a Justiça Negociada (Mediação Penal, Justiça Restaurativa e Colaboração Premiada), em que a reparação do dano e a atenção com a vítima são fundamentais, num necessário equilíbrio entre eficiência e garantismo.

¹⁰⁶ LIMA, Márcio Barra. *A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Perseguição Criminal em Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.318.*

¹⁰⁷ Ou seu equivalente na reparação do dano causado, encontrado na conduta voluntária, ou através da mediação penal, justiça restaurativa ou colaboração premiada.

¹⁰⁸ Lembrando que a Constituição Federal de 1988 tem mandados de criminalização (art. 5º XLIII, art. 227 §4º) e que a ausência de atuação do Ministério Público, no prazo legal, nos crimes de ação penal pública pode ensejar a ação penal privada pela vítima (garantia constitucional prevista no art. 5º LIX).

4. Conclusão

Resta evidente que é necessário atentar para a necessidade de centralização do sistema criminal na pessoa humana, ultrapassando questões políticas de ideologias de esquerda ou de direita.

Assim, além do cuidado com os direitos do acusado, ao se reconhecer a importância do Garantismo, com o respeito às garantias individuais e coletivas previstas na Constituição Federal, legislação e Tratados Internacionais aos acusados em geral, urge o reconhecimento da necessidade de que os serviços públicos de segurança e persecução criminal atuem com eficiência para, num prazo razoável, dar uma resposta penal efetiva (não necessariamente pena privativa de liberdade), mas que assegure a liberdade, a vida e a integridade física e sexual de todos.

Nesse sentido, importante a ressignificação da vítima num equilíbrio de atenção estatal pelas agências de persecução criminal ao autor de um delito e àquele que sofreu os danos causados por este.

Atenta-se aqui para a necessidade de valorização dos profissionais envolvidos na temática, sua capacitação e cuidado para com as vítimas, além da necessária atenção para com as garantias do acusado, lembrando-se da importância do equilíbrio entre liberdade e segurança, garantismo e eficiência, pois a punição criminal também faz parte de um Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. *O retorno dos prêmios pela cabeça?* Um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do corrêu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 92, nº 809, mar. 2003.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.* Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.

_____; _____. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª ed., outubro de 2010. 1ª Reimpressão, julho de 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

BEZÉ, Patricia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Apresentação da 2ª edição da obra Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio*. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle na obra Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 32ª edição. Petrópolis: Editora Vozes. 1987

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio*.

Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo. Publicado em: <www.mundojuridico.adv.br> em 18.03.2002. Acessado em: 3/10/2017.

_____. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier. 2013, p.1-46.

GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOBBS, Thomas. 1588-1679. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva; Cláudia Berliner; revisão da tradução: Eunice Ostrensky. Organizado por Richard Tuck. 3ª ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Luiz Moreira, Coordenador e Supervisor. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, Tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.20.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2005.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOSOVSKI, Ester. *Vitimologia em Debate*. Org.: Ester Kosovski, Eduardo Mayr; Heitor Piedade Jr. et al. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIMA, Márcio Barra. *A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal em Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MILL, John Stuart. On Liberty. In: *Great Books of the Western World: American State Papers, The Federalist, Stuart Mill*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1971.

_____. *Os Clássicos da Política*, 2º vol., Organizador Francisco C. Weffort. Volume II. 10ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

NEUMANN, Ulfried. *Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal (Rechtgut, Verfassung und die Grenzen des Strafrechts)*. Tradução de Antonio Martins na obra coletiva *Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crime*. Reflexos no sistema jurídico português. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño a la victima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *A proteção da vítima de crimes sexuais, em especial crianças, na perspectiva dos direitos humanos em Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. *Infrações Administrativas em Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Quadro de Instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora, 2002. p.711-718.

RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014. p.55-56.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomoli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SABOYA, Keity. *Ne bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa*. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, Trajetórias e metodologia*. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares*. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª Reimpressão, abril de 2015.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

Autos do processo crime da Baronesa do Grajaú (1876-1877). Programa Memória Institucional do Ministério Público do Maranhão; transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose da Silva. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça, 2009.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



A Advocacia e o Ministério Público

Ives Gandra da Silva Martins*

A Constituição Brasileira de 1988 colocou as duas funções exercidas, pelos membros do Ministério Público e pelos advogados, em igualdade de condições, ao denominar o Capítulo a elas dedicado de “Funções essenciais à Justiça”.

Houve por bem o constituinte brasileiro compreender, no concernente ao Poder Judiciário, que, de rigor, não há Poder Judiciário sem o Ministério Público e a Advocacia.

Embora eu entenda que, por sua simbologia, é a Advocacia a mais relevante das três funções num Estado Democrático, pois, nas ditaduras, há Poder Judiciário e Ministério Público, mas não há direito de defesa contra os governantes, reconheço que as duas funções são essenciais e iguais. Por outro lado, o Poder Judiciário não pode passar de um legislador negativo.

Teço estas considerações porque, no Brasil, este equilíbrio entre os Poderes tem sido tisonado tanto por incursões indevidas do Judiciário nas funções legislativas, como do Ministério Público sobre os representantes da sociedade.

De plano, reconheço tanto nos membros da Magistratura como no *Parquet* qualidades pessoais que admiro. Mas são técnicos e não políticos, sociólogos ou economistas carecendo do conhecimento conjuntural, até porque não representam o povo, que não os elegeu.

Quando comecei a advogar, em 1957, como mero solicitador acadêmico, o Poder Judiciário e o Ministério Público exerciam com competência e discrição suas funções, não buscando as luzes da ribalta e da admiração popular, com o que sempre foram extremamente respeitados.

Nos últimos 13 anos, um protagonismo tomou conta dos membros das instituições, ao ponto de magistrado de elevada reputação ter afirmado que a Advocacia, no exercício do direito de defesa, ATRAPALHA. Assim sendo, a economia, o desenvolvimento, a estabilidade passaram a depender mais deles do que de seus reais condutores.

Num país extremamente burocratizado e com uma inflação de leis que sufoca o cidadão, o descumprimento de normas, muitas vezes por mero desconhecimento, passou a ser constante e, a par da corrupção – quanto mais burocratizado um país, mais corrupto –, o abuso do poder coercitivo passou a conviver, simultaneamente,

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da 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).

com as normas criadas por Poderes sem competência para produzi-las. Mergulhou o país numa insegurança tal que empresários, tendo confessado serem os mais corruptos da história brasileira – 1.823 políticos teriam sido por eles corrompidos, na sua versão – foram perdoados e postos a salvo de qualquer punição penal.

Parece-me o momento de reflexão nacional. Que o STF volte a ser guardião da CF (artigo 102) é o que se deseja. Que o Poder Legislativo não permita invasões em sua competência legislativa pelo Judiciário (art. 49, inc. XI). Que o Ministério Público seja função essencial à administração da Justiça, como o é a Advocacia (arts. 127 a 135), e que cada Poder deixe de usar a imprensa para alavancar suas maculações da lei suprema.

O Brasil precisa de refletir sobre os seus destinos, mas não é possível que reformas essenciais que começavam a tirar o país da crise sejam abaladas por atuação midiática de criminosos confessos, com a impunidade assegurada, jamais dada no passado pelo Ministério Público e avalizada pelo Pretório Excelso. Que triste país é este, que perdoa criminosos e produz, como fruto do perdão, um profundo abalo no desenvolvimento econômico nacional para 200 milhões de brasileiros.

Sobre o Financiamento dos Partidos Políticos

Jorge Miranda*

No limite, até poderia, porventura, aventar-se a hipótese de inconstitucionalidade formal.

1. Não é tanto ou não é apenas em nome da separação de poderes que, nas democracias modernas, o Parlamento surge, senão como o órgão legislativo exclusivo, pelo menos como o órgão com primado de competência legiferante. Assim sucede entre nós (arts. 136º, 154º, 165º e 169º da Constituição).

Isso por quatro razões: 1ª) pela ideia pluralista de que uma assembleia representativa de orientações políticas diversas se revela mais apta para tomar as grandes deliberações do que um órgão que funciona à porta fechada; 2ª) pela ideia, com ela conexas, do confronto e do debate suscetível de conduzir ao compromisso; 3ª) pela ideia de que, assim, se propicia a participação dos cidadãos em geral e dos diretamente interessados em especial, em moldes de legitimidade pelo procedimento (na conhecida fórmula de Niklas Luhmann); 4ª) pela publicidade de que se revestem todos os atos, desde a propositura de projetos ou propostas à votação final.

A publicidade decorrente das três primeiras razões e que se liga, ela própria, ao direito de todos os cidadãos de ser esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e de ser informados acerca da gestão dos assuntos públicos (direito fundamental consignado no art. 48º, nº 2 da Constituição). A publicidade que implica difusão pelos meios de comunicação social dos projetos, propostas, fundamentações, sentido dos votos. A publicidade própria da democracia aberta de uma sociedade aberta.

Ora, estes pressupostos (que deveriam ter-se por evidentes) não foram observados pela Assembleia da República ao aprovar há dias um diploma de alteração de várias leis, designadamente da lei de financiamento dos partidos políticos (pela Assembleia ou pelos cinco, entre sete, partidos nela com assentos). A demonstração tem sido feita, com nitidez, por quantos se têm debruçado sobre o assunto. No limite, até poderia, porventura, aventar-se a hipótese de inconstitucionalidade formal.

2. Os partidos desempenham um papel insubstituível na dinâmica democrática. Um papel insubstituível e fundamental (arts. 10º, nº 2, 114º, nº 2, 157º). Não um papel exclusivo ou excludente, porque, a par deles, existem associações políticas (art. 51º, nº 1), iniciativas e grupos de cidadãos (arts. 115º, nº 2, 124º, 239, nº 4). E entre os princípios que regem as campanhas eleitorais avulta o de igualdade de todas as candidaturas [art. 113º, nº 3, alínea b)].

Há mesmo um artigo específico sobre os partidos (art. 51º), no qual se obriga a lei a estabelecer os requisitos e os limites do seu financiamento público e as exigências de publicidade do seu património e das suas contas (nº 8). A chamada liberdade de conformação do legislador tem de se mover dentro destes parâmetros com a adequada inserção sistemática

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

no ordenamento e sem impedir o saudável arejamento ou renovação do sistema de partidos. Ora, não é isso que, em alguns pontos fulcrais, se verifica no recente diploma.

3. Poderia duvidar-se, à partida, da atribuição aos partidos de benefícios fiscais, por estes benefícios poderem contender com o princípio da igualdade perante a lei (art. 13º da Constituição) e por ser muito mais transparente e favorável aos contribuintes o financiamento direto mediante subvenções públicas. Todavia, eles acham-se há muito consignados e conhecem-se outras instituições, além dos partidos, que, semelhantemente, deles gozam.

4. O problema que tem sido discutido diz respeito ao IVA. No regime atual [art. 10º, nº 1, alínea c) da Lei nº 19/2009, de 20 de junho], a isenção refere-se à aquisição e à transmissão de bens e serviços que visem difundir a mensagem política e a identidade própria dos partidos, através de quaisquer suportes, impressos, audiovisuais ou multimédia, incluindo os usados como material de propaganda e meios de comunicação e transporte.

Agora se pretende abranger, em termos genéricos, a aquisição de bens e serviços para a atividade dos partidos. É uma norma de excessiva latitude e que pode ser entendida como afetando a atrás referida norma constitucional sobre limites ao financiamento público.

5. Muito mais grave vem a ser, enquanto norma transitória do conjunto de diplomas, dispor-se a sua aplicação tanto aos processos novos como aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor que se encontrem a aguardar julgamento, sem prejuízo da validade dos atos praticados na vigência da lei anterior (art. 7º). Eis uma norma de carácter retrospectivo e que colide com o regular funcionamento das instituições, por atingir processos pendentes de decisão do Tribunal Constitucional.

6. A propósito, merece ser qualificada como muito positiva a divisão de competências que, entretanto, se consagra quanto à aplicação de coimas por infração à lei. Esta passa a ser, e bem, da competência da Entidade das Contas e dos Financiamentos Políticos, órgão independente de Administração Pública (art. 266º, nº 3 da Constituição) e das decisões desta cabe recurso para o Tribunal Constitucional, órgão jurisdicional [novos arts. 9º, alínea e), 103º, nº 1 e 103º-B da respetiva lei orgânica]. Simplesmente, essas regras devem valer para o futuro, para outros processos.

7. Por último, não pode deixar de se entender inconstitucional a segunda parte do aditado art. 8º-A à lei de financiamento. Nenhuma objeção suscita, antes pelo contrário, não se considerar receita partidária ou de campanha a cedência gratuita de espaços geridos ou de propriedade do Estado, de outras pessoas coletivas públicas, incluindo autarquias locais, e de entidades do sector público empresarial. E dessa cedência não pode resultar a discriminação entre partidos políticos ou candidaturas (nº 2).

Ao invés, a extensão da regra às entidades de economia social, tais como as definidas no art. 4º da Lei nº 30/2013, de 8 de maio, infringe os arts. 82º e 85º da Constituição, por não atender à distinção entre sector público e sector cooperativo e social, e viola a autonomia dessas entidades, impondo-lhes sobrecargas desviantes dos seus fins. Essas entidades são as adegas cooperativas, as associações mutualistas, as misericórdias, as fundações, as instituições privadas de solidariedade social, as instituições de fins altruístas de âmbito cultural recreativo, de desporto e de desenvolvimento social e as entidades abrangidas pelo subsistema social e comunitário.

10 Anos do Módulo Criança e Adolescente – MCA

Rodrigo César Medina da Cunha*

Durante décadas, crianças e adolescentes acolhidos permaneceram invisíveis aos olhos da sociedade, aguardando o momento de finalmente retornarem ao convívio de suas famílias ou, quando tal providência não se mostrava possível, de serem colocados em família substituta, por meio da guarda, da tutela e, principalmente, da adoção.

Naquele contexto histórico, inexistiam dados precisos acerca da população infantojuvenil em acolhimento no Estado do Rio de Janeiro, instituindo-se uma espécie de “caixa preta”, marcada pela ausência de transparência de informações, ao tempo em que os acolhidos perdiam parte significativa de sua infância e adolescência institucionalizados. Quem eram esses meninos e meninas vivendo em entidades de acolhimento (abrigos)? Há quanto tempo estavam acolhidos? Recebiam visitas dos pais e familiares? Quais eram os principais motivos de acolhimento?

Visando a oferecer respostas a esses e outros questionamentos, em 25 de maio de 2007, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro lançou o sistema Módulo Criança e Adolescente (MCA), que teve como objetivo realizar o cadastramento de crianças e adolescentes do Estado do Rio de Janeiro em situação de acolhimento institucional ou familiar e permitir a interação, em tempo real, entre os diversos órgãos que integram o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes, a saber: conselhos tutelares, entidades de acolhimento, órgãos da assistência social, entre outros.

No ano de 2008, o MCA foi o vencedor do V Prêmio Innovare, na categoria Ministério Público, sendo também escolhido como prática inovadora pelo Movimento Ministério Público Democrático. Em 2013, recebeu menção honrosa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

As mudanças introduzidas pela Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, no Estatuto da Criança e do Adolescente também contribuíram para dar visibilidade à situação de crianças e adolescentes em acolhimento, na medida em que o Artigo 101, §3º do ECA passou a prever a expedição de guia de acolhimento, pela autoridade judiciária, como documento obrigatório para que crianças e adolescentes sejam encaminhados às instituições de acolhimento e o artigo 19, §1º do ECA determina a reavaliação judicial, no máximo a cada 06 meses, da situação de cada acolhido.

Desde a sua concepção, o Módulo Criança e Adolescente (MCA) foi projetado para se tornar um sistema democrático, a serviço dos interesses de crianças e adolescentes acolhidos e de toda a sociedade, assegurando a transparência dos dados e o monitoramento diário da situação de cada acolhido, pelo Ministério Público e demais órgãos que acessam o sistema e têm a possibilidade de inserir informações relevantes sobre a situação individualizada das crianças e adolescentes em acolhimento.

* Membro do MPRJ. Coordenador do CAO Infância e Juventude (MPRJ) – Matéria Não Infracional.

O Módulo Criança e Adolescente (MCA) publica censos duas vezes por ano, trazendo dados estatísticos consolidados, acessíveis por qualquer cidadão, acerca da população infantojuvenil acolhida, o que possibilita a deliberação de políticas públicas para esse segmento, pelos órgãos incumbidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90) para desempenhar esse relevante *munus*, que são os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, existentes nos 92 municípios do Estado do RJ, e também pelo Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDCA).

As conquistas alcançadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na gestão e alimentação do Módulo Criança e Adolescente (MCA), e por todos os órgãos e entidades de acolhimento que nos auxiliam nessa relevante missão institucional de garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes privados, temporariamente, do convívio familiar, possibilitaram, em abril de 2015, a implementação do sistema “Quero uma Família”.

Esse novo sistema tem como objetivo dar visibilidade à situação de crianças e adolescentes que não encontraram pessoas habilitadas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) interessados em adotá-las. São crianças e adolescentes com mais idade e fora do perfil desejado pela maioria dos habilitados no país – que buscam crianças de 0 a 3 anos –, grupos de irmãos que não podem ser separados em razão do vínculo afetivo que os une e crianças e adolescentes com deficiência e doenças crônicas e que, assim como todos os outros, precisam encontrar uma família.

Decorridos dez anos desde a criação do MCA, a publicação do “19º Censo da População Infantojuvenil acolhida no Estado do Rio de Janeiro” nos permite fazer algumas reflexões.

Se em 2007, quando o sistema foi implementado, o número de crianças e adolescentes acolhidos no Estado do Rio de Janeiro era de 3.782, hoje, esse total é de 1.746, o que representa uma redução superior a 50%, demonstrando que os órgãos integrantes do sistema de garantias de direitos têm se empenhado na defesa dos direitos fundamentais dos acolhidos, promovendo as reintegrações familiares e colocações em família substituta, quando o retorno ao convívio da criança e adolescente com os seus familiares se mostra inviável.

Entre os motivos de acolhimento, a negligência continua sendo o principal, com 526 crianças e adolescentes acolhidos, o que representa cerca de 30% do total de acolhimentos do Estado. Em seguida, merecem destaque os acolhimentos em virtude de situação de rua (147 acolhidos/8,42%), de uso abusivo de substâncias entorpecentes pelos pais (123 acolhidos/7,04%), de abusos físicos e psicológicos praticados contra a criança e o adolescente (110/6,03%), entre outros motivos.

É oportuno destacar que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente disponha no artigo 23 que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, ainda encontramos crianças e adolescentes acolhidos em razão da pobreza, bem como em decorrência da falta de creche ou escola em horário integral, o que representa 2,35% do total de

acolhidos no Estado, exigindo o engajamento de todos os órgãos de proteção de direitos de crianças e adolescentes na promoção social das famílias e na garantia do direito fundamental ao acesso à educação infantil, a fim de evitar grave fragilização dos vínculos familiares.

No que se refere ao tempo de acolhimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no artigo 19, §2º, que a permanência em acolhimento institucional não pode superar 2 anos, salvo comprovada necessidade, fundamentada pela autoridade judiciária.

No entanto, cerca de 529 crianças e adolescentes, o que corresponde a 30,29%, encontram-se em acolhimento há mais de 2 anos, havendo um número expressivo de acolhidos há mais de 5 anos e há menos de 10 anos, totalizando 168 crianças e adolescentes, ou seja, 9,62% vivendo parte de sua infância privados do direito à convivência familiar.

O 19º Censo do MCA nos revela também que 193 crianças e adolescentes acolhidos, com idades entre 0 e 6 anos, não recebem qualquer visita (11,05%), número que se torna ainda mais significativo na faixa etária de 10 a 18 anos incompletos, totalizando 494 acolhidos sem visita (28,29%).

O panorama do acompanhamento da situação de crianças e adolescentes acolhidos no sistema de justiça apresenta resultados relevantes no Estado do Rio de Janeiro, demonstrando que, no universo de 1.746 acolhidos, 1.164 possuem ações judiciais propostas para a defesa de seus interesses, o que corresponde a quase 67% do número total de acolhidos.

Em relação às crianças e adolescentes institucionalizados e aptos à adoção, o 19º censo nos indica que 195 deles estão com a situação jurídica definida, sendo certo que 123 acolhidos (63,08%) em virtude de ação de destituição do poder familiar transitada em julgado (sem possibilidade de recurso), 70 acolhidos (35,90%) em razão de orfandade e 2 acolhidos (1,03%) por serem os pais desconhecidos.

Nesse mesmo sentido, o 19º Censo confirma que a expressiva maioria dos acolhidos aptos à adoção conta com mais de 7 anos. Dos 195 acolhidos, apenas 5 estão na faixa etária entre 0 e 6 anos. Entre 7 e 9 anos, existem 9 acolhidos aptos à adoção; na faixa dos 10 aos 12 anos, estão 41 acolhidos; entre 13 e 15 anos, são 75 acolhidos aptos à adoção e, finalmente, dos 16 aos 17 anos, estão 65 adolescentes esperando por uma colocação em família substituta.

Os números acima evidenciam que 181 acolhidos, o que representa 92% do total de crianças e adolescentes aptos à adoção no Estado do Rio de Janeiro, contam com idades entre 10 e 17 anos, demonstrando a importância da discussão acerca das adoções tardias por toda a sociedade e da existência do projeto institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro “Quero uma Família”.

Considerando o tempo de acolhimento dos aptos à adoção, registre-se que cerca de 73% estão acolhidos há mais de 2 anos e em cerca de 8% dos casos o acolhimento perdura há mais de 1 ano e há menos de 2 anos. Ainda nessa seara, cerca de 17% dos aptos à adoção estão acolhidos há menos de 1 ano.

No que se refere à violência praticada contra crianças e adolescentes, situação vivenciada por, ao menos, 170 acolhidos (9,73%) – se considerarmos o somatório dos números do 19º censo referentes aos abusos físicos e psicológicos, ao abuso sexual e à exploração sexual –, não se pode olvidar da recente edição da Lei Federal nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além de definir as diferentes modalidades de violência praticadas contra crianças e adolescentes, com a inovadora conceituação da violência institucional, a nova lei disciplina a escuta especializada, consistente no procedimento de entrevista sobre a situação de violência com a criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, bem como o depoimento especial, que é o procedimento de oitiva da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

O depoimento especial de crianças e adolescentes representa importante conquista do sistema de garantia de direitos, evitando a revitimização daqueles que sofreram violência e eram submetidos a diversas escutas, realizadas por profissionais sem a devida qualificação técnica, sendo obrigados a reviver o trauma a cada depoimento prestado.

A Lei Federal nº 13.431/17 prevê, expressamente, a integração dos órgãos responsáveis pela execução de diversas políticas de atendimento de crianças e adolescentes, estabelecendo atribuições nas áreas de saúde, de assistência social, de segurança pública e de justiça.

Nesse particular, assume especial relevância a política pública consistente na criação de serviços, em âmbito municipal, para atenção integral à criança e ao adolescente em situação de violência, de forma a garantir atendimento acolhedor.

Tais equipamentos recebem comumente o nome de Centro de Atendimento ao Adolescente e à Criança (CAAC), serviço implementado, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), que oferta atendimento à população infantojuvenil vítima de violência sexual, incluindo a realização de profilaxia para Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), atendimento de emergência em casos de estupro, atendimento clínico, entre outros, integrando também o referido serviço a um posto avançado da delegacia de polícia especializada em crimes contra crianças e adolescentes, caso existente no Município, para a coleta de depoimento das vítimas e a realização de exame pericial (IML).

Atualmente, em nosso Estado, apenas o Município do Rio de Janeiro, no Hospital Souza Aguiar, e o Município de Teresópolis, no âmbito do projeto “Bem me Quer”, oferecem esse atendimento integrado, nas áreas de saúde e de segurança pública, às crianças e adolescentes vítimas, sendo um desafio para todos os demais municípios do Estado a implementação de serviços análogos, em cumprimento ao disposto na Lei Federal nº 13.431/17, que entrará em vigor em abril de 2018.

Ao longo da última década, o reconhecimento social alcançado pelo Módulo Criança e Adolescente (MCA) é motivo de grande orgulho para o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por termos desenvolvido ferramenta de democratização da informação sobre os acolhimentos de crianças e adolescentes no Estado do Rio de Janeiro, tornando visíveis meninos e meninas que aguardam nas instituições para viverem em um lar.

Crianças e adolescentes acolhidos são resilientes diante das grandes dificuldades vivenciadas e aguardam, ansiosos, por decisões que garantam o retorno ao convívio de suas famílias ou, quando tal solução se mostra inviável, pela colocação em família substituta que possa lhes proporcionar amor, atenção e cuidados.

Na comemoração dos dez anos do sistema Módulo Criança e Adolescente (MCA), não podemos deixar de render as nossas homenagens às Procuradoras de Justiça da Infância e Juventude *Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro* e *Maria Amélia Barretto Peixoto* e à Promotora de Justiça *Liana Barros Cardozo de Sant'Anna*, idealizadoras do sistema e responsáveis por sua implementação no ano de 2007. Tenham a certeza que V. Exas. escreveram parte da história de crianças e adolescentes acolhidos no Estado do Rio de Janeiro e construíram um legado institucional de relevância inestimável para as vindouras gerações de membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Agradecemos a todos vocês que, em verdadeira união de esforços com o Ministério Público, dedicam-se diariamente à alimentação do sistema MCA, mantendo vivo e pulsante o banco de dados que registra o histórico de crianças e adolescentes em acolhimento, permitindo que sejam construídas soluções para que sejam desligados das entidades.

Por fim, agradecemos também à equipe MCA por todo o empenho na gestão desse valioso projeto, pensado, construído e executado por muitas mãos, sempre na defesa intransigente do direito fundamental de crianças e adolescentes acolhidos.

Em um momento de grave crise financeira vivenciada em todo o país, e especialmente no Estado do Rio de Janeiro, é de fundamental importância que todos os órgãos que integram o sistema de garantias de direitos mantenham-se firmes e coesos no âmbito de suas respectivas atribuições, agindo de forma integrada e em rede, a fim de assegurar a efetiva prioridade constitucional conferida aos direitos de crianças e adolescentes, impedindo que ocorram graves retrocessos nas políticas de atendimento à população infantojuvenil. Jamais podemos esmorecer!



Detalhe da imagem da capa

The background of the page is a painting in a reddish-brown, monochromatic style. It depicts a cemetery scene. On the left, a woman in a long, flowing red dress stands with her back to the viewer, looking towards a tombstone. The tombstone is a simple, rectangular structure with a curved top, and it has the letters 'LE', 'DU', and 'TA' visible on its face. The ground is dark and textured, suggesting grass or earth. The overall mood is somber and contemplative.

Peças Processuais

Pareceres

• • •

Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Apuração de eventual infração penal por parte de Delegado de Polícia. Discussão acerca do foro por prerrogativa de função.

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Processo MPRJ nº 2017.00631334

Requerente: 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Angra dos Reis

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do ofício nº 132/2017/2ª PJCAR, subscrito pelo Promotor de Justiça Substituto em atuação na 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Angra dos Reis, no qual encaminha cópia parcial do Processo nº 0008762-40.2013.8.19.0003 para apuração de eventual ocorrência de infração penal por parte do Delegado de Polícia João Ricardo B. Oliveira, titular da 166ª DP – Angra dos Reis.

2. Depreende-se do teor da documentação que acompanha o ofício inaugural que a supracitada Autoridade Policial vem, reiteradamente, abstendo-se de prestar informações acerca da destinação dada aos bens apreendidos no Auto de Apreensão datado de 15/07/2013 e do Registro de Ocorrência nº 3480/2013.

3. Considerando o exposto, os autos vieram à Chefia Institucional por entender o Ilustre subscritor se tratar de fatos que envolvam agente com foro por prerrogativa de função, na forma do art. 161, inciso IV, alínea *d*, item 2 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

II

4. Na realidade brasileira, o foro por prerrogativa de função é caracterizado pela atribuição, a um tribunal, de competência originária para processar e julgar autoridades que, não fosse o cargo que ocupam, estariam sujeitas à jurisdição de um juiz singular. Historicamente, a sua *ratio essendi* sempre foi a de outorgar a prerrogativa (ou privilégio, a depender do ângulo de análise) a certos agentes, em razão do cargo que ocupam ou da função que desempenham, de serem julgados por órgãos específicos. Com isso, evitar-se-ia a influência que os ocupantes dos altos escalões do poder poderiam

exercer sobre os órgãos situados em posição inferior nas estruturas estatais, bem como seria afastada a inversão lógica de que o superior fosse julgado pelo inferior.

5. A atribuição de competência a um órgão colegiado e de escalão superior ainda amenizaria as pressões exógenas, de modo a assegurar a sua imparcialidade e a contribuir para a realização do ideal de justiça. Não obstante as diversas razões invocadas em sua defesa, é factível que o foro por prerrogativa de função não se coaduna com referenciais mínimos de igualdade, ao possibilitar tratamento diferenciado para os altos escalões do poder. Trata-se, em verdade, de mais uma feição da igualdade liberal, na qual “todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (Paulo Otero, 2007: 255).

6. Apesar disso, encontra-se enraizado em nossa tradição jurídica desde o surgimento de um Estado de Direito tipicamente brasileiro, tendo sido previsto, em maior ou em menor extensão, em todas as nossas Constituições, a começar pela imperial. O objetivo de nossas breves reflexões não é o de analisar a pletera de argumentos favoráveis e contrários a essa garantia que orna certos cargos de nossa República. Em verdade, o que pretendemos é verificar se há limitações ou mesmo exigências quanto à previsão do foro por prerrogativa de função nas Constituições Estaduais. Outro aspecto digno de nota é o de que nossa análise será direcionada às infrações penais comuns, não aos crimes de responsabilidade, os quais, conforme o agente envolvido, podem assumir feições eminentemente políticas, sujeitando-os a um julgamento de igual natureza.

7. Para alcançarmos o objetivo almejado, analisamos a linha evolutiva dessa garantia no direito brasileiro e os distintos fatores que influem na expansão ou na retração da liberdade de conformação dos Estados na elaboração de suas respectivas Constituições, com especial ênfase para a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dispensado a essa temática. A partir das conclusões alcançadas, declinaremos o nosso entendimento a respeito do modo como a matéria foi tratada nas vinte e seis Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal e Territórios.

II. I.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: LINHA EVOLUTIVA

8. No constitucionalismo brasileiro, nossa primeira Constituição, a de 1824, atribuiu ao Senado competência exclusiva para “[c]onhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura” (art. 47, I). Já o Supremo Tribunal de Justiça era competente para “[c]onhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, II).

9. Acresça-se que a Constituição de 1824 (art. 5º) assegurava a liberdade de culto, apenas em ambiente doméstico ou particular, “sem forma alguma exterior de templo”, e considerava, como religião oficial do Estado, a católica apostólica

romana. Nesse período, eram inábeis para ocupar o cargo de Deputado “os que não professarem a religião do Estado” (art. 95, §3º) e o Imperador, antes mesmo de ser aclamado, deveria prestar juramento de manter “a religião católica apostólica romana” (art. 102), juramento extensivo ao herdeiro do trono (art. 106) e a outras autoridades (arts. 127 e 141). Competia ao Imperador, ademais, “nomear os Bispos e prover os benefícios eclesiásticos” (art. 102), o que bem demonstrava a profunda interpenetração entre Igreja e Estado. Arcebispos e Bispos ainda gozavam de foro por prerrogativa de função, sendo julgados perante o Supremo Tribunal de Justiça, o que foi estabelecido pelo art. único da Lei nº 609/1851. Portanto, admitiu-se que a legislação infraconstitucional ampliasse as autoridades alcançadas por essa garantia.

10. Com a proclamação da República, o Decreto nº 848/1890, que organizou a Justiça Federal, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, “em primeira e única instância: a) o Presidente da República nos crimes communs; b) os juizes de secção nos crimes de responsabilidade; c) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade.” A essência dessa regra foi reproduzida nos arts. 57, §2º, e 59, I, *a e b*, da Constituição de 1891.

11. A Constituição de 1934 ampliou o rol de autoridades a serem julgadas pela assim denominada “*Corte Suprema*”, que passaram a ser o “a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61; c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade” (art. 76, I).

12. A Constituição de 1937 manteve a linha já estabelecida e outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente os seus próprios Ministros e “os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do §2º do art. 89 e no art. 100” (art. 101, I, *a e b*). Além disso, dispôs sobre a “competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos Juizes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade” (art. 103, e).

13. Sob a égide da Constituição de 1937, foi editado o Código de Processo Penal de 1940. De acordo com o art. 87 desse diploma legal, “competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação, o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juizes de instância inferior e órgãos do Ministério Público”. Os Tribunais de Apelação, como se sabe, são os atuais Tribunais de Justiça. Acresça-se que, ao analisarmos a Constituição de 1937, constatamos que somente os juizes foram

contemplados com o foro por prerrogativa de função no âmbito estadual, o que nos permite alcançar três inferências lógicas: (1ª) a matéria poderia ser disciplinada pela legislação infraconstitucional; (2ª) a legislação foi editada com base no art. 16, XVI, da Constituição de 1937, que outorgara à União competência privativa para legislar sobre direito processual; e (3ª) não era exigida total simetria com o modelo federal, que não contemplava, por exemplo, os “chefes de polícia”, não existindo notícia de que o preceito foi considerado inconstitucional nessa parte.

14. A Constituição de 1946 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a) o Presidente da República nos crimes comuns; b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; c) os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92” (art. 101, I). Em seu art. 124, IX, outorgou aos Tribunais de Justiça, outrora Tribunais de Apelação, competência privativa para “processar e julgar os Juizes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

15. A Constituição de 1967 ampliou ainda mais o rol de autoridades a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, terminando por alcançar a quase totalidade dos membros do Poder Judiciário, isso com exceção dos Juizes de Direito e dos membros dos Tribunais de Alçada, que continuavam a ser julgados pelos Tribunais de Justiça (art. 136, §3º), *verbis*: “a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente” (art. 114, I).

16. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1/1969, também Deputados Federais e Senadores passaram a gozar de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, que tinha competência para processar e julgar originariamente “a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”. Doravante, outro Tribunal Superior, vale dizer, o Tribunal Federal de Recursos, passava a ter competência originária para julgar infrações penais: de acordo com o art.122, I, b, da Emenda Constitucional nº 1/1969, competia a esse Tribunal processar e julgar “os juizes federais, os juizes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho,

bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”. O Superior Tribunal Militar passou a ser competente para processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, autoridades civis, nos “crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares” (art. 129, §2º). Os Tribunais de Justiça, por sua vez, mantiveram a competência para processar e julgar “os membros do Tribunal de Alçada e os juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

17. A Constituição de 1988 não só preservou a figura do foro por prerrogativa de função como o ampliou consideravelmente.

18. O Supremo Tribunal Federal deixou de ter competência para apreciar as infrações penais comuns imputadas aos membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, mas, a partir da Emenda Constitucional nº 23/1999, passou a julgar, pela prática de infrações penais comuns e de crimes de responsabilidade, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 102, I, b e c).

19. O recém-criado Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para processar e julgar “a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais” (art. 105, I, a).

20. Os novos Tribunais Regionais Federais passaram a ser competentes para julgar “os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 108, I, a).

21. Aos Tribunais de Justiça foi outorgada competência para processar e julgar “os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Em relação a estes agentes, não obstante a literalidade do art. 29, X, que não circunscreve o foro por prerrogativa de função às causas de natureza criminal, uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional indica que os contornos da garantia são justamente estes. Não há possibilidade, assim, desses agentes serem julgados pelo Tribunal de Justiça em causas de natureza extrapenal.¹

22. De um modo geral, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, “[o] processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritos no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõe de prerrogativa de foro”.²

¹ Vide STF, 1ª T., RE nº 289.847/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28/11/2000, DJ de 02/02/2001.

² Pleno, AP nº 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/10/2010, DJ de 28/04/2011.

23. Como dissemos, os chefes de polícia, por força do art. 87 do Código de Processo Penal de 1940, tinham a prerrogativa de serem processados e julgados perante os respectivos Tribunais de Justiça. Com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu que referida norma não fora recepcionada nessa parte, sob o argumento de que caberia à Constituição Estadual, por força do art. 125, §1º, definir as causas de competência originária do Tribunal de Justiça, “com as únicas limitações que decorram explicita ou implicitamente da própria Constituição Federal”.³ Como, no caso concreto, a Constituição gaúcha não outorgara a garantia ao chefe de polícia, foi reconhecida a competência do juízo de primeira instância. Nesse acórdão, é nítida a adesão à tese de que as Constituições Estaduais poderiam ampliar o rol de autoridades contempladas com a garantia do foro, que deixara de ser disciplinado pela legislação infraconstitucional da União.

24. Doravante, passaremos a analisar como tem sido compreendida a autonomia dos Estados no âmbito da federação brasileira e, por via reflexa, a liberdade de conformação do poder constituinte derivado decorrente.

II. II.

A AUTONOMIA DOS ESTADOS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

25. A concepção de federação, como se sabe, exige a necessária coexistência dos referenciais de integração e autonomia: integração entre os distintos entes federados para que seja viável a sua união e consequente formação de um único Estado; autonomia para que possuam individualidade própria e não sejam meras repartições administrativas do ente de maior proporção.

26. Nada mais natural, portanto, que haja um regramento comum, uma espécie de fio condutor que trace os balizamentos da integração entre os entes federados. A amplitude desse fio condutor, por sua vez, varia de acordo com o processo de formação da federação e as conveniências do poder político. Maior amplitude do regramento comum significa maior integração e menor autonomia dos entes federados. Prestigia-se a uniformidade em detrimento da diversidade. A autonomia, como ressaltado por Amaro Cavalcanti,⁴ deve ser tão ampla quanto seja compatível com a preservação dos interesses nacionais, exigindo-se, neste último caso, a subordinação dos Estados à União.

27. Além da divisão de competências legislativas contempladas na própria ordem constitucional, o que reservou aos Estados o exercício daquelas que não lhes fossem vedadas, conforme previsto no §1º do art. 25 da Constituição de 1988, dispôs o *caput* desse preceito que “[o]s Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. A literalidade do preceito não deixa maiores dúvidas em relação ao seu potencial expansivo. Afinal, toda e qualquer norma constitucional, a partir de um processo de generalização crescente, permitirá que dela seja extraído um princípio, o que bem demonstra o grau de retração passível de alcançar a autonomia dos Estados.

³ 1ª Turma, HC nº 70.474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/1993, DJ de 24/09/1993.

⁴ Regime Federativo e a República Brasileira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p.172.

28. Não é por outra razão que Rui Barbosa⁵, no limiar da República, analisando preceito similar da Constituição de 1891, o art. 63, observava que os Estados deveriam respeitar os “princípios constitucionais”, mas não estavam obrigados a seguir a Constituição Federal à risca, “a modelarem-se completamente por ella, sem divergir em alguns pontos, comtanto que não sejam fundamentaes”. Segundo ele, esses princípios seriam aqueles afetos às liberdades individuais, à democracia, à representação política, à forma republicana, ao regime federativo e à divisão dos poderes. Nesse particular, a fórmula adotada pela *Grundgesetz* alemã de 1949, em seu art. 29, 1, é muito mais consentânea com a ideia de federação, pois somente vincula o poder constituinte dos *Länder* aos princípios republicano, democrático e social do Estado de Direito, no sentido em que são tratados na Lei Fundamental. Com isso, garante-se a integração dos entes federados sem comprometer a sua autonomia.

29. A Constituição Estadual, na medida em que adstrita às prescrições de uma norma de hierarquia superior, a Constituição da República, sofre múltiplas compressões. Esse quadro é especialmente acentuado no modelo brasileiro, em que, além de a divisão de competências legislativas privilegiar a União, deve ser preservada a esfera jurídica de um terceiro ente federado, de menor proporção, o Município.

30. A federação brasileira, diversamente da norte-americana, fruto da união de Estados soberanos (federação perfeita ou centrífuga), teve sua origem num Estado unitário, resultando na limitação de poderes do centro em prol da periferia, que passou a dispor de autonomia política (federação imperfeita ou centrípeta). Esse processo, por si, justifica a tradicional concentração de poderes em prol da União, fenômeno que vem se acentuando nas últimas décadas. A concentração de poderes está igualmente associada à transição de um “federalismo dual”, marcado por uma rígida divisão de competências, para um “federalismo corporativo”, também presente no modelo alemão, em que a legislação infraconstitucional da União contribui para traçar os balizamentos da produção normativa estadual, inclusive da respectiva Constituição. São as normas gerais a que se refere o art. 24, §2º, da Constituição da República. Enquanto, no modelo norte-americano, as competências da União são alargadas, como observou Bryce⁶, por força da interpretação extensiva, pela justiça, dos poderes que a Constituição outorgou ao governo nacional, na realidade brasileira esse alargamento foi construído pelos sucessivos textos constitucionais, alcançando, na atualidade, um arquétipo de “Estado Federal de feições unitárias”.

31. A natureza federativa dos Municípios (art. 1º da CR/1988), a que se soma o expresso reconhecimento de sua autonomia (art. 18, §1º, da CR/1988) e a outorga de competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CR/1988), também evidencia mais um limitador ao poder constituinte estadual. A sistemática

⁵ Comentários à Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, Dos Estados, Do Município, Dos Cidadãos Brasileiros, Declaração de direitos (princípio), São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p.10-11.

⁶ *La République Américaine, Tome I. Le Gouvernement National*, trad. de Daniel Müller, Paris: M. Giard & É. Brière, 1900, p.494.

atual demonstra um nítido rompimento com o modelo instituído pela Emenda Constitucional nº 1/1969, que não incluía os Municípios entre os entes federativos (art. 1º) e, apesar de reconhecer a sua autonomia, os sujeitava às normas de organização traçadas pelo Estado-membro.

II. III. A COMPRESSÃO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

32. Diversamente da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/1969, que enunciavam um rol (1) de princípios justificadores da intervenção federal, denominados de “princípios constitucionais sensíveis” por Pontes de Miranda,⁷ e (2) de princípios que norteariam a elaboração das Constituições estaduais, os “princípios estabelecidos” a que se refere José Afonso da Silva,⁸ a Constituição de 1988, em relação aos últimos, somente fez menção à necessidade de serem “observados os princípios desta Constituição” (art. 25, *caput*), o que terminou por conferir larga margem valorativa ao intérprete, com especial realce para o Supremo Tribunal Federal.

33. Esses princípios, em rigor lógico, podem ser expressos, sendo objeto de referência específica no próprio texto constitucional (v.g.: princípio da dignidade da pessoa humana) ou implícitos, resultando da abstração de outras normas constitucionais, quer tenham a natureza de regras, quer de princípios (v.g.: as normas que dispõem sobre a irretroatividade da lei penal menos favorável e protegem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada dão origem ao princípio da segurança jurídica). Esses limitadores à autonomia política dos Estados sempre terão caráter mandatório, o que decorre da obrigatoriedade de sua observância. Quanto à essência, podem assumir contornos impositivos, em contraposição aos permissivos, ou vedatórios: no primeiro caso, impõem a prática dos atos do modo como indicam; no segundo, vedam a prática dos atos que especificam.

34. É importante frisar que a referência a *princípios* é mais que sintomática em relação aos limites do balizamento. Os princípios, lembrando a lição de Alexy⁹, são mandados de otimização (*optimierungsgebote*), estabelecendo uma diretriz para que algo seja feito de modo a alcançar da melhor maneira possível os objetivos a que se destinam. Como não estabelecem de forma detalhada a estatuição e a consequência jurídica, apresentam sensível distinção estrutural em relação às regras, sem olvidar as especificidades do modo de resolução de conflitos entre eles. Apesar de os princípios terem uma funcionalidade bem definida à luz da dogmática contemporânea, observa-se a franca expansão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que os Estados devem permanecer adstritos não só aos princípios extraídos do paradigma federal como, principalmente, às próprias regras constitucionais. Esse aspecto torna-se bem perceptível em relação ao processo legislativo.

⁷ Comentários à Constituição de 1967, Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.251-252.

⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.613.

⁹ Theorie Der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos, 1994, p.75.

35. A Emenda Constitucional nº 1/1969 dispunha, em seu art. 13, III, que “os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas dentre outros princípios estabelecidos nessa Constituição, os seguintes: (...) III – o processo legislativo”. Apesar da menção genérica aos “princípios” no *caput*, a especificação, no inciso III, do “processo legislativo”, amparou a conclusão, sob a égide da referida ordem constitucional, de que os Estados deveriam observar *ipsis litteris* o modelo federal, naquilo, obviamente, que fosse compatível com um legislativo unicameral. Não é demais lembrar que o *caput* do art. 200 desse texto constitucional dispunha que “as disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”. Com o advento da Constituição de 1988, a observância do “processo legislativo” não foi inserida de maneira expressa nem no rol dos princípios sensíveis nem no dos estabelecidos.

36. O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, ao apreciar a medida cautelar pleiteada na ADI nº 56/PB, decidiu pela não aplicação compulsória aos Estados das situações de iniciativa privativa inseridas no art. 61 da Constituição de 1988, isso em razão da “inexistência, atualmente, das numerosas regras de simetria compulsória da Carta de 1967 (EC nº 1/69)”.¹⁰ Pouco depois, calcando-se no princípio da separação dos poderes, entendeu que as regras sobre iniciativa reservada não podem ser fraudadas ou obstruídas pela Constituição Estadual,¹¹ o que obsta, por exemplo, a definição, em diploma normativo dessa natureza, da forma de aplicação dos recursos públicos, matéria a ser inserida na lei orçamentária, de iniciativa do Executivo,¹² o mesmo ocorrendo em relação às normas que incursionem no regime jurídico dos servidores públicos.¹³ Idêntico entendimento prevaleceu ao reconhecer que emendas parlamentares não podem estender o alcance de projeto de lei de iniciativa privativa do Executivo, gerando aumento de despesa, já que os Estados devem observar o disposto nos arts. 61 e 63, I, da Constituição de 1988.¹⁴

37. A absoluta simetria entre o processo legislativo federal e o estadual tem sido objeto de grande zelo pelo Supremo Tribunal Federal: a) na ADI nº 1.160/AM, entendeu que a aposentadoria dos servidores públicos é matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo;¹⁵ b) na ADI nº 486/DF, decidiu pela impossibilidade de “condicionar a reforma da Constituição Estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 (quatro quintos) da totalidade dos membros integrantes da Assembleia Legislativa. Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo poder legislativo local”;¹⁶ c) na ADI nº 1.546/SP, decidiu que a Constituição Estadual não pode excepcionar os projetos de iniciativa exclusiva

¹⁰ Rel. Min. Célio Borja, j. em 07/06/1989, DJ de 04/08/1989.

¹¹ ADI nº 1.434/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10/11/1990, RTJ 172/789.

¹² ADI nº 820/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15/3/2007, Inf. nº 459.

¹³ ADI nº 89-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 04/02/1993, DJ de 20/08/1993.

¹⁴ ADI nº 2170/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/2005, DJ de 09/09/2005; e mérito da ADI nº 56/PB Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/10/2002, DJ de 29/11/2002.

¹⁵ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/03/1995, DJ de 19/05/1995.

¹⁶ Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03/04/1997, DJ de 10/11/2006.

da impossibilidade de reapresentação, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de projeto de lei rejeitado, já que a Constituição da República, em seu art. 67, somente excepciona a proposta formulada pela maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa;¹⁷ e d) na ADI nº 2.872/PI, considerou inconstitucional a exigência de lei complementar, pela Constituição Estadual, para a disciplina do regime jurídico dos servidores públicos, já que o paradigma federal somente exige lei ordinária.¹⁸

38. Ainda sob o prisma do processo legislativo, o Tribunal também admitiu a previsão, nas Constituições Estaduais, da figura da medida provisória, desde que observadas, em todas as suas nuances, a integralidade do paradigma federal.¹⁹ Afinal, diversamente da Emenda Constitucional nº 1/1969, que vedou, no parágrafo único do seu art. 200, a edição de decretos-leis pelos Estados, a Constituição de 1988 nada disse em relação às medidas provisórias. Portanto, para que esse ato normativo seja editado, é preciso que (1) esteja previsto na Constituição Estadual; (2) seja reservado a situações de relevância e urgência; (3) respeite os limites formais (*rectius*: não pode ingressar em seara afeta às leis complementares ou prevista em projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa e pendente de sanção ou veto – art. 62, III e IV) e materiais previstos na Constituição da República e que se coadunem com a competência legislativa estadual; (4) seja submetido à apreciação da Assembleia legislativa; e (5) sejam observados os prazos de vigência (*rectius*: em matéria tributária, só produzirá efeitos no exercício seguinte se for convertido em lei até o último dia daquele em que foi editado – art. 62, §2º), eficácia e tramitação legislativa previstos na Constituição da República.

39. Com o advento da Emenda Constitucional nº 5/1995, o §2º do art. 25 foi alterado e passou a dispor que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”. Uma das interpretações possíveis desse preceito é a de que os Estados, e não apenas a União, também deveriam editar lei disciplinando a matéria; logo, se a ordem constitucional vedou a edição de medidas provisórias, pelos Estados, em uma temática específica, é evidente que admitiu a possibilidade de serem editadas em outras matérias.

40. Ao definir a faixa adequada de uniformidade que deve nortear a federação brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a redução do núcleo de liberdade do constituinte derivado decorrente estadual. O Tribunal já decidiu que (a) as Constituições estaduais não podem invadir a competência legislativa federal,²⁰ o que impede, inclusive, seja estendido ao Governador do Estado a imunidade processual instituída pelos parágrafos 3º e 4º do art. 86 da Constituição em favor do Presidente

¹⁷ Rel. Min. Nélson Jobim, j. em 03/12/1998, DJ de 06/04/2001.

¹⁸ Rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 01/08/2011, DJ de 05/09/2011.

¹⁹ STF, Pleno, ADI nº 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 04/09/2002, DJ de 19/12/2003; e ADI nº 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 16/08/2006, DJ de 16/03/2007.

²⁰ ADI nº 83/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24/04/1991, RTJ 136/965.

da República;²¹ (b) o fato de a Lei Orgânica do Município estar adstrita aos “princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, *caput*, da CR/1988) não permite que esta última venha a abrandar ou agravar os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios estabelecidos na Constituição da República;²² c) o processo de criação de Municípios pressupõe a edição de lei estadual, sendo a matéria estranha à Constituição Estadual;²³ d) os mecanismos de separação de poderes instituídos pelo paradigma federal devem ser prestigiados pela Constituição estadual, evitando a ingerência de um Poder sobre o outro;²⁴ e) a normatização constitucional federal relativa aos servidores públicos é de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais.²⁵

II. IV.

A PREVISÃO DAS CAUSAS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: A QUESTÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

41. Com a promulgação da Constituição de 1988, foi alterada a sistemática historicamente adotada no direito brasileiro para a fixação da competência originária dos Tribunais de Justiça. Até então, nos textos constitucionais que trataram dessa temática, ora era vista como afeta à lei estadual (CR/1946, art. 124, XIII e CR/1967, art. 136, §5º), ora a resolução do Tribunal de Justiça (EC nº 1/1969, art. 144, §5º). Em qualquer caso, deveria ser observada a divisão de competências estabelecida na Constituição da República. Com a nova ordem constitucional, a competência dos Tribunais de Justiça, por força do seu art. 125, §1º, deveria ser definida pelas respectivas Constituições Estaduais, o que ensejou não poucos debates, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação à possibilidade de estenderem a prerrogativa de foro a outras autoridades.

42. Antes de analisarmos a tendência das Constituições Estaduais e a evolução da jurisprudência do Tribunal a respeito dessa temática, é oportuno fixar algumas premissas que deveriam nortear a sua compreensão.

43. O primeiro aspecto a ser lembrado é o de que a Constituição da República é essencialmente analítica. Em textos dessa natureza, as omissões, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, tendem a assumir as características de verdadeiro “silêncio eloquente”²⁶. Em outras palavras, ainda que

²¹ ADI nº 978/PB, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19/10/1995, RTJ 162/463.

²² ADI nº 2.112/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/05/2002, RTJ 181/934.

²³ ADI nº 222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24/05/1990, RTJ 135/470.

²⁴ ADI nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01/07/1996, RTJ 162/849.

²⁵ ADI nº 176/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21/08/1992, RTJ 143/17.

²⁶ A temática do “Silêncio Eloquente” (*Beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: Na interpretação bíblica (vide *Sürgen Ebach. Beredtes Schwergen. Exegetismo-Literarische Beobachtungen Zu Einer Kommunikationform in Biblischen Texten. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014*); na arte (vide *Stefan Ggreif. Die malerei kann ein sehr beredtes schwergen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dichter – Deutschland: W. Fink, 1999*); na técnica literária (vide *Uwe Ruberg. Beredtes Schwergen: In Lehrhafter und erzählender Deutschland Literatur des Mittelalters. Deutschland: Fink, 1978*); e Stefan Kramer. “redest nicht von Schwergen...” zu Eider semiotik des Schwergens in dramatischen werk Thomas Bernards. Würzburg: Köngshansen & Neumann, 2003, principalmente p.31 e s.); no Direito (*Steffhan Madaus. Der Insolvenzplan: Von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fort entwicklung in eine Bestätigungsolvenz – Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, principalmente p.248 e s.*) etc.

a existência de “lacunas constitucionais” seja matéria mais que controversa, isso em razão das características de uma Constituição, que somente traça as linhas gerais da organização política e dos direitos fundamentais, o “silêncio eloquente” indica que a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão²⁷.

44. Apesar de a Constituição da República descer a maiores níveis de detalhamento das instituições federais e somente estabelecer as linhas gerais das instituições estaduais, distritais e municipais, a disciplina do foro por prerrogativa de função foi mais que detalhada. Especificamente em relação às autoridades não federais, foi prevista a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, e os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios (art. 105, I, *a*). Além disso, aos Tribunais de Justiça foi outorga competência para processar e julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Como se percebe, a Constituição da República chegou a atribuir a garantia do foro até mesmo a autoridades municipais.

45. O segundo aspecto a ser considerado é o de que a liberdade de conformação do denominado “poder constituinte derivado decorrente”, afeto aos Estados, tem sido historicamente comprimida pelo Supremo Tribunal Federal, o que foi cabalmente demonstrado acima. O Tribunal, além de exigir que os Estados permaneçam adstritos aos princípios constitucionais, tem exigido que o mesmo seja feito em relação a inúmeras regras (*v.g.*: aquelas que disciplinam o processo legislativo), o que amplia sobremaneira o universo das normas de repetição obrigatória. Na síntese de Raul Machado Horta,²⁸ que permanece atual mesmo após as décadas transcorridas desde a sua prolação, “as normas de reprodução refletem a expansividade do modelo federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária da constituinte estadual”. No modelo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição, teve papel decisivo na expansão dessas normas. Na medida em que a extensão do foro por prerrogativa de função a outras autoridades caminha em norte contrário à cláusula geral de igualdade consagrada no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 (“Todos são iguais perante a lei...”), aqui temos outro fator a desaconselhar a adoção desse permissivo.

46. Apesar da constatação anterior, as normas de reprodução obrigatória, além de atuarem como fatores de limitação, também operacionalizam o princípio da simetria, de modo que as Constituições Estaduais (art. 25, *caput*) e as Leis Orgânicas Municipais (art. 29, *caput*) apresentem similitude com o paradigma federal. Ressalte-se,

²⁷ Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: Conflito entre Normas Constitucionais, Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.257-260.

²⁸ A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p.192.

no entanto, que somente a primeira delas pode incursionar no âmbito da competência jurisdicional, mais especificamente naquela afeta aos Tribunais de Justiça, já que, no modelo brasileiro, os entes federativos municipais não contam com um Poder Judiciário ou mesmo com instituições autônomas essenciais à função jurisdicional, que são o Ministério Público e a Defensoria Pública.

47. Como a Constituição da República outorgou competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, é evidente que renderá homenagem à simetria a Constituição Estadual que preveja a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, nas referidas infrações, os Deputados Estaduais, os Secretários Estaduais e os Comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, máxime porque estas últimas corporações, por força do art. 144, §6º, da Constituição de 1988, são “forças auxiliares e reserva do Exército”. Em relação a outras autoridades estaduais em que não seja detectada essa relação de simetria com o paradigma federal, a extensão da garantia, regra geral, mostrar-se-á irregular. Apesar dessa constatação, a situação de dois cargos exige considerações de ordem suplementar. Trata-se do Vice-Governador do Estado e do Procurador-Geral do Estado.

48. Apesar de a Constituição da República ter outorgado ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente e o Vice-Presidente da República (art. 102, I, b), foi atribuída competência originária ao Superior Tribunal de Justiça para julgar tão somente o Governador (art. 105, I, a), o que, em princípio, configuraria verdadeiro silêncio eloquente em relação ao Vice-Governador. Com isso, a Constituição Estadual não poderia atribuir competência originária ao Tribunal de Justiça em relação a essa autoridade. O complicador dessa conclusão é que ela subvertera a organicidade do sistema, já que todos os Secretários, que integram a Administração Superior Estadual, poderiam ser julgados perante o Tribunal de Justiça, enquanto o substituto eventual da autoridade máxima seria julgado em primeira. Como a coerência é um postulado de racionalidade da interpretação constitucional, esse entendimento não pode ser acolhido. Portanto, afastando-se a tese do “silêncio eloquente”, tem-se a possibilidade de a constituição estadual estender a garantia ao Vice-Governador²⁹.

49. No que diz respeito ao Procurador-Geral do Estado, a simetria possível é com o Advogado-Geral da União, que é processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ocorre, no entanto, não em razão das características intrínsecas desse cargo, mas, sim, pelo fato de a legislação infraconstitucional ter considerado o Advogado-Geral da União Ministro de Estado (Lei nº 9.649/1998, art. 13, §1º).³⁰ Portanto, somente na hipótese de o Procurador-Geral do Estado ser considerado Secretário de Estado é que seria possível atribuir-lhe a garantia.

²⁹ Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: Interpretação Constitucional. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p.492 e s.

³⁰ STF, Pleno, Petição nº 1.199 AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 5/05/1999, DJ de 25/06/1999.

50. E em relação às autoridades municipais, mais especificamente aos Vereadores, aos Secretários Municipais e aos Comandantes das Guardas Municipais? Seria possível que a Constituição Estadual viesse a lhes assegurar o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça? A nosso ver, a resposta deve ser negativa. E isso por três razões básicas. A uma, a única autoridade contemplada com o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça, pela Constituição da República (art. 29, X), foi o Prefeito Municipal, o que evidencia a presença de um silêncio eloquente em relação às demais. A duas, a Constituição Estadual, sob pena de afronta à autonomia municipal, não pode sujeitar autoridades do Município a uma regra específica de competência que não encontre embasamento direto na Constituição da República. A três, especificamente em relação aos Vereadores, a previsão do foro não refletiria uma simetria necessária em relação aos parlamentares federais e estaduais, cujas garantias são muito mais amplas (arts. 27, §1º; 29, VIII e 53 da Constituição).

51. Em consultas realizadas nos dias 17 e 18 de abril de 2017, nos sítios mantidos pelas Assembleias Legislativas na rede mundial de computadores, constatamos a atribuição da garantia do foro por prerrogativa de função aos agentes abaixo elencados, sendo certo que alguns desses comandos já tinham sido submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar da atenção dispensada pelo responsável pela pesquisa, penitenciamos-nos, desde logo, por eventuais equívocos, que podem estar associados ao volume de informações processadas e, principalmente, à não atualização de alguns dos sítios consultados.

1) Vice-Governador do Estado – contemplado em todas as Constituições, com exceção dos Estados de Alagoas, Maranhão, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;

2) Secretários de Estado – contemplados em todas as Constituições, com exceção dos Estados do Ceará e de Mato Grosso – note-se que as Constituições dos Estados do Maranhão e de Roraima fazem menção aos ocupantes de “cargos equivalentes”;³¹

3) Deputados Estaduais – contemplados em todas as Constituições;

4) Procurador-Geral do Estado – contemplado nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Sergipe;

5) Procuradores do Estado em geral (ou advogados-gerais do Estado) – contemplados nas Constituições dos Estados de Alagoas, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí e Rio de Janeiro;

6) Defensor Público Geral – contemplado nas Constituições dos Estados do Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraíba, Piauí, Rondônia e São Paulo.

³¹ O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a referência a cargos equivalentes ao de Secretário de Estado, prevista no art. 77, X, a, da Constituição do Estado de Roraima, por ter o efeito de transferir à legislação infraconstitucional a definição da competência do Tribunal de Justiça (Pleno, HC nº 103.803/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 1º/07/2014, DJ de 06/10/2014).

7) Defensores Públicos em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro e Rondônia;

8) Auditores do Tribunal de Contas – contemplados na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte;

9) Membros do Ministério Público de Contas – contemplados na Constituição de Roraima;

10) Comandante-Geral da Polícia Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Tocantins;

11) Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e Tocantins;

12) Membros do Conselho de Justiça Militar – contemplados na Constituição do Estado da Bahia;

13) Auditor Militar, inclusive inativo – contemplado na Constituição do Estado da Bahia;

14) Procuradores da Assembleia Legislativa – contemplados nas Constituições dos Estados de Goiás, Maranhão e Rio de Janeiro;

15) Auditor-Geral do Estado – contemplado na Constituição do Estado do Maranhão;

16) Diretores Presidentes das entidades da Administração Estadual Indireta – contemplados na Constituição do Estado de Roraima;

17) Diretor-Geral da Polícia Civil (ou Chefe ou Chefe-Geral ou Delegado-Geral) – contemplado nas Constituições dos Estados do Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e São Paulo;

18) Delegados de Polícia em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Maranhão e do Rio de Janeiro;

19) Vice-Prefeito – contemplado nas Constituições dos Estados do Piauí e Rio de Janeiro;

20) Vereadores – contemplados nas Constituições dos Estados do Piauí, Rio de Janeiro e Roraima.

52. A partir dessas observações iniciais, é conveniente analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento de que foro por prerrogativa de função não seria matéria afeta ao direito processual, de competência legislativa privativa da União, não mais subsistindo o art. 87 do Código de Processo Penal.³² A Constituição Estadual, portanto, poderia ampliar as hipóteses de foro por prerrogativa de função, estendendo-o, por exemplo,

³² 1ª Turma, HC nº 70474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/8/1993, DJ de 24/9/1993.

aos Procuradores do Estado.³³ Em um segundo momento, o Tribunal entendeu que extensão dessa natureza não se harmonizava com a ordem constitucional, tendo suspenso a eficácia de preceito de Constituição Estadual que conferira “competência originária ao Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal.”³⁴ Por fim, ao julgar a ADI nº 2587/GO, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da extensão tão somente em relação aos Delegados de Polícia, em razão do risco de comprometimento do controle externo realizado pelo Ministério Público, mantendo a garantia em relação aos Defensores Públicos Estaduais e aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa.³⁵ Também foi reconhecida a possibilidade de a garantia ser outorgada aos Vereadores.³⁶

53. Deve-se ressaltar que disposições dessa natureza não prevalecerão em relação às regras de competência previstas na Constituição da República, que somente podem ser excepcionadas por ela própria. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 45. Em consequência, tais agentes, quando obtiverem a prerrogativa a partir da Constituição Estadual, continuarão a ser julgados pelo Tribunal do Júri sempre que acusados da prática de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d).³⁷

III

54. Tendo em vista os aspectos observados, conclui-se que a temática do foro por prerrogativa de função no âmbito das Constituições Estaduais há de ser compreendida nos planos jurídico e pragmático. No plano jurídico, evidencia que esses diplomas normativos devem apresentar uma relação de simetria com o paradigma federal, somente podendo outorgar a garantia às autoridades estaduais que apresentem correlação com as que tenham sido contempladas com garantia similar naquele plano. Não podem, ademais, estendê-lo às autoridades municipais, que não o Prefeito Municipal, sob pena de mácula à autonomia dos Municípios. No plano pragmático, não podemos ignorar as peculiaridades brasileiras, em que cerca de 5.500 Municípios se esparramam pelo País, o que seria suficiente para inviabilizar o funcionamento dos Tribunais de Justiça se todas as autoridades municipais, que apresentem similitude com as federais contempladas com a garantia, pudessem vir a recebê-la.

³³ Pleno, ADI nº 541-MC/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/10/1991, DJ de 14/2/1992; e 2ª Turma, HC nº 77985/PB, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13/10/1998, DJ de 12/11/1999.

³⁴ Pleno, ADI 2587-MC/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15/5/2002, DJ de 6/9/2002. No mesmo sentido: Pleno, ADI nº 2553-MC/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/2/2002, DJ de 22/10/2004.

³⁵ Pleno, ADI nº 2587/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, j. em 1/12/2004, DJ de 6/11/2006.

³⁶ STF, 2ª Turma, RE 454.935/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/6/2008, DJe de 26/6/2008, DJ de 27/6/2008; e 2ª Turma, RHC nº 108.496/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 18/2/2014, DJe de 7/3/2014, DJ de 10/03/2014.

³⁷ Vide STF, 2ª T., RHC nº 80.477/PI, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 31/10/2000, DJ de 04/05/2001.

55. Especificamente em relação aos Delegados de Polícia, o Supremo Tribunal Federal, como se disse, não tem reconhecido a prerrogativa de foro dessas autoridades. Esse entendimento, aliás, tem sido encampado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (v.g.: *TJRJ, OE, AP nº 1991.068.00002, Rel. Des. Áurea Pimentel Pereira, j. em 21/10/1991, Dj de 19/12/1991 – TJRJ, OE, AP nº 00106742419898190000, Rel. Des. Eneas Cotta, j. em 30/08/1990, Dj de 10/10/1990*) e, como não poderia deixar de ser, pelo Procurador-Geral de Justiça.

IV

56. Diante da matéria tratada no presente expediente, sugere esta Consultoria Jurídica o encaminhamento dos autos ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais para a remessa ao órgão de execução com atribuição, com anterior pronunciamento da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos, em razão da especificidade da matéria.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Parecer Jurídico. Imunidades tributárias previstas nos arts. 150, VI, c, e 195, §7º, da Constituição Federal.

CONSULTA

Imunidades tributárias previstas nos artigos 150, inciso VI, letra c, e 195, §7º, da C. F. são cláusulas pétreas por força do artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Suprema. O projeto de Emenda Constitucional nº 287/2016 não objetiva alterar o princípio constitucional e se alguma emenda intentar atingi-lo, seria inconstitucional.

Formula-me o consulente, através dos eminentes advogados Drs. Décio Milnitzky e Custódio Pereira, a seguinte questão:

Em face da iminente reforma da previdência, há interesse na obtenção, através do Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas – FONIF –, de um parecer sobre a viabilidade jurídica, ou não, de uma limitação ao poder de tributar imposta por assembleia nacional constituinte vir a ser derogada por meio de emenda constitucional. Noutros termos, diante de críticas demagógicas e desprendidas da realidade difundidas pela imprensa, a questão é saber se a proposta de emenda constitucional (PEC 287/2016) pode pôr em risco efetivo a imunidade das filantrópicas devidamente certificadas como entidades beneficentes de assistência social.

RESPOSTA

A PEC 287/2016 pretende alterar, entre outros, os seguintes dispositivos da Constituição Federal relacionados às contribuições previdenciárias, dando-lhes a seguinte redação:

Art. 149. (...)

§5º O disposto no inciso I do §2º não se aplica às contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita em substituição às incidentes sobre a folha de salários. (NR)

(...)

Art. 167. (...)

XII – a utilização de recursos dos regimes de previdência de que trata o art. 40, incluídos os valores integrantes dos fundos previstos no art. 249, para a realização de despesas distintas do

pagamento dos benefícios de aposentadoria ou pensão por morte do respectivo fundo vinculado ao regime e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento, na forma da lei de que trata o §23 do art. 40; e

XIII – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções pela União, incluídas suas instituições financeiras, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em caso de descumprimento das regras gerais de organização e funcionamento dos regimes de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos, conforme disposto na lei de que trata o §23 do art. 40.

(...)

§4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os art. 155 e art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 157, art. 158 e art. 159, inciso I, alíneas “a” e “b”, e inciso II, para a prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta e para o pagamento de débitos do ente com o regime de previdência de que trata o art. 40.

(...) (NR)

Art. 195. (...)

I – (...)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço de natureza urbana ou rural, mesmo sem vínculo empregatício;

(...)

II – do trabalhador, urbano e rural, e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

(...)

§8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o extrativista, o pescador artesanal e seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão de forma individual para a seguridade social com alíquota favorecida, incidente sobre o limite mínimo do salário de contribuição para o regime geral de previdência social, nos termos e prazos definidos em lei.

(...) (NR)

Entre eles, não se encontra o artigo 150, inciso VI, letra “a” e o artigo 195, §7º, cuja dicção é a seguinte para ambos os comandos constitucionais:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

Art. 195. (...)

§7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

O próprio artigo 195, cuja alteração é proposta, cuida do §8º, e não do §7º, além dos incisos I e II do *caput* do dispositivo.

Não há, portanto, qualquer referência às imunidades de impostos e contribuições sociais.

É de se lembrar que, muito embora cuide o artigo 195, §7º, de isenções, já decidiu a Suprema Corte, em julgamento pioneiro, que a Constituição não cuida de isenções, mas de imunidades.

É que das quatro mais conhecidas formas de desoneração tributária (imunidades, isenções, não incidências e alíquota zero) – deixo de lado as anistias e as remissões –, as imunidades representam vedação absoluta ao poder de tributar, razão pela qual não se confunde com as isenções, renúncia fiscal com objetivo determinado autorizado pelos governos, através de leis.

Como a Constituição define direitos, deveres e impedimentos, nas imunidades tributárias estabelece vedação ao poder de tributar, razão pela qual, quando se refere a “isenções”, em rigor cuida de imunidades, como em relação ao §7º do art. 195 decidiu o Supremo Tribunal Federal no *leading case* da Associação das Igrejas Adventistas (Igrejas com ação social), que meu escritório patrocinou e perante cuja 1ª Turma sustentei oralmente, em 1995.

Leia-se daquela decisão a ementa, que transcrevo:

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.192-9 /
DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO PAULISTA DA IGREJA ADVENTISTA DO
SÉTIMO DIA

ADVOGADOS: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO: ADVOGADO - GERAL DA UNIÃO

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
– QUOTA PATRONAL – ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS,
FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS – IMUNIDADE (CF, ART. 195, §7º)
– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

– A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia,
por qualificar-se como entidade beneficente de assistência
social – e por também atender, de modo integral, às exigências
estabelecidas em lei – tem direito irrecusável ao benefício
extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições
pertinentes à seguridade social.

– *A cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Carta Política - não
obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para
a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de
assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária,
desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.*

*A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já
identificou, na cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Constituição da
República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e no de
simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de
assistência social. Precedente: RTJ 137/965.*

– Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua
natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente
a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva,
mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia
do preceito inscrito no art. 195, §7º, da Carta Política, para, em função
de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa
fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de
assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe
é assegurado no mais elevado plano normativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso em mandado de segurança.

Brasília, 28 de novembro de 1995.

MOREIRA ALVES – PRESIDENTE

CELSO DE MELLO – RELATOR (grifos meus)¹

Desta forma, não há como pretender considerar que as desonerações que constituam vedações ao poder de tributar (imunidades) confundam-se com isenções, não incidências ou alíquotas zero que estão no poder de tributar do legislador ordinário, mas, por critérios de oportunidade ou conveniência, o poder tributante decide renunciar à imposição, pelos mais variados motivos².

Já escrevi sobre a matéria que:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.

¹ Serviço de Jurisprudência, D.J. 19/12/96, 28/11/95, EMENTÁRIO 1855-01, Primeira Turma, RMS 22.192-9-DF, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115743>.

² Do voto do Ministro Celso de Mello no referido Recurso Extraordinário leia-se: "Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, outorgou-se às entidades beneficentes de assistência social, em norma definidora de típica hipótese de imunidade, uma expressiva garantia de índole tributária em favor dessas instituições civis.

A cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para seguridade social – contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5ª ed., Malheiros, 1993, p.349, nota de rodapé nº 144; MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. Malheiros, 1995. p.171-175; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 41ª ed., Forense, 1992. p.41-42, item nº 22; BALERA, Wagner. *Seguridade Social na Constituição de 1988*. RT, 1989. p.71, v.g.). Convém salientar que esse magistério doutrinário reflete-se na própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Carta Política, a existência de uma típica garantia de imunidade estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social (RTJ 137/965, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

O fato irrecusável é que a norma constitucional em questão, em tema de tributação concernente às contribuições destinadas à seguridade social, reveste-se de eficácia subordinante de toda atividade estatal, vinculando não só os atos de produção normativa, mas também condicionando as próprias deliberações administrativas do Poder Público, em ordem a pré-excluir a possibilidade de imposição estatal dessa particular modalidade de exação tributária" (grifos meus).

Compreende-se o desenho pretoriano, visto que os crônicos “déficits” públicos, cujo mérito não nos cabe examinar na área específica do direito tributário, eis que de reflexo jurídico apenas no campo do direito financeiro e econômico, terminam por gerar tentações ao poder tributante de reduzir o espectro de atuação da norma vedatória. A fim de fulminar tais conveniências exegéticas, o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente. A publicidade obtida pelos próprios jornais, apesar de não constar expressamente do art. 19, inc. III, letra “d” da E. C. nº 1/69 nele foi incluída por força de decisões da mais alta Corte.

Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela lei maior³.

Ora, as imunidades tributárias estão entre as limitações constitucionais ao poder de tributar e o disposto no *caput* do artigo 150, cuja redação volto a reproduzir:

Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...).*
(grifos meus)

vale para o artigo 195, §7º, pois, para os tributos denominados de “contribuições sociais”, aplicam-se os mesmos critérios dos tributos denominados “impostos”, a que se refere o artigo 150, inciso VI, letra “c”.

Ora, o discurso inicial do artigo 150 principia com a observação de que as limitações constitucionais *ao poder de tributar são garantias constitucionais*, tanto que faz referência a que:

Sem prejuízo de *outras garantias* asseguradas aos contribuintes,

admitindo duas espécies de garantias, ou seja, aquelas decorrentes do próprio texto e outras não constantes da Seção II, do Capítulo I, do Título VI⁴.

³ *Direito Empresarial – Pareceres. 2ª ed., Ed. Forense, 1986. p.298/299.*

⁴ Escrevi:

“Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação.

Em outras palavras, assistem aos contribuintes outras garantias individuais que não constam do artigo 150 e possam decorrer de princípios incluídos em espaços diversos da Lei Maior, como ocorre no artigo 195, §7º.

O certo, todavia, é que quaisquer pessoas têm direito a imunidades constitucionais erigidas em garantias individuais dos contribuintes, pelo legislador supremo, nas hipóteses previstas na Lei Maior.⁵

Ora, os contribuintes são pessoas físicas ou jurídicas.

Em rigor, são apenas pessoas físicas, pois, as jurídicas, são sempre integradas e controladas, em última instância, por pessoas físicas, visto que não há pessoas jurídicas dirigidas por robôs.

Não sem razão, no concernente ao imposto de renda, o lucro distribuído pelas pessoas jurídicas às pessoas físicas é desonerado do tributo, pois este tributo já foi recolhido nas pessoas jurídicas. Por outro lado, pelas regras que disciplinam a responsabilidade tributária, no caso de insolvência das empresas devedoras de tributos, respondem, seus diretores ou controladores, subsidiariamente ou solidariamente pelos tributos⁶.

E por que, na imunidade, há esta vedação absoluta ao poder de tributar? Por que o constituinte coloca um muro à imposição de forma insuperável, a não ser por emenda constitucional?

É que a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro lado, atrair os cidadãos a colaborar com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.” (MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Pesquisas Tributárias. Imunidades Tributárias*. Coed. Centro de Extensão Universitária/Ed. RT, São Paulo, 1998. p.32 [Nova Série, 4])

⁵ José Cretella Jr. lembra que:

“Vedações constitucionais são restrições de ordem geral, ou especial, determinadas pela Constituição Federal à competência impositiva das pessoas jurídicas públicas políticas. A vedação constitucional pode ser genérica ou específica, subjetiva ou objetiva. Quando a Constituição veda às entidades tributantes a instituição (ou aumento) de tributo, sem lei anterior que o estabeleça, a proibição é genérica, abrangendo todo e qualquer tipo de tributo, exceto os casos constitucionalmente ressalvados. Vedação específica é a que recai sobre eventual, mas determinado tipo de fato gerador. Subjetiva é a vedação que incide sobre “pessoas”. Objetiva é a vedação que recai sobre “bens” ou “coisas”. As vedações tributárias têm início no texto da primeira Constituição republicana, arts. 8º, 10 e 11, ingressam na Constituição de 1934, art. 17, IX, passam à Carta de 1937, art. 25, recebem agasalho na Constituição de 1946, art. 31, e chegam a nossos dias, inscrevendo-se nas últimas Constituições” (*Comentários à Constituição 1988*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992. volume VII, p.3549).

⁶ Os artigos 134 e 135 do CTN têm a seguinte dicção:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I – as pessoas referidas no artigo anterior;
- II – os mandatários, prepostos e empregados;
- III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.” (grifos meus).

Esta é a razão pela qual o legislador supremo declarou que ao contribuinte (pessoa física ou jurídica) ESTÃO GARANTIDAS as limitações constitucionais, nas hipóteses pela Carta da República previstas.

Entre tais limitações estão as imunidades constitucionais, autênticas garantias colocadas pelo constituinte para que determinadas pessoas, em suas atividades, não sofram tributação pelo relevante serviço prestado à sociedade (nas áreas da saúde, educação ou assistência social) ou por força do exercício de atividade religiosa, ou ainda da liberdade de expressão⁷.

As imunidades dirigidas às entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, comunitárias ou confessionais, visam a incentivar a prestação de serviços à sociedade nos setores de educação, saúde e assistência social, fazendo pela sociedade o que os governos deveriam fazer e não fazem, recebendo em troca, como modesta contrapartida, a eliminação de contribuições sociais e impostos⁸.

⁷ Todo o inciso VI do artigo 150 delas cuida, tendo a seguinte dicção:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)."

⁸ O Ministro Marco Aurélio de Mello, na Repercussão Geral nº 566.622/RS, esclarece:

"O §7º do artigo 195 deve ser interpretado e aplicado em conjunto com o preceito constitucional transcrito, afastando-se dúvida quanto à reserva exclusiva de lei complementar para a disciplina das condições a serem observadas no exercício do direito à imunidade", completando:

"Segundo o professor Ives Gandra da Silva Martins, 'há, assim, uma causa e uma condição para a entidade usufruir a imunidade. A causa da imunidade é ser uma das entidades enumeradas pelo artigo 150, inciso VI, c, da CF. A causa advém da Constituição. A condição da imunidade é manter o atendimento aos requisitos especificados no CTN. A condição advém do CTN'" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social. *Direito Público* nº 1, jul./set. de 2003, p.8). A questão discutida neste recurso, considerado o artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, envolve definir se condições diversas, além daquelas previstas no Código Tributário Nacional, podem estar versadas em lei ordinária. De acordo com o próprio Ives Gandra, a resposta é desenganadamente negativa:

Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas 3 esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas – Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais – Parecer. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, 1994. vol. 4, p.83).

Da necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias, amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, resulta o dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas, inclusive a constitucional. Daí advém a reserva absoluta de lei complementar, conforme o artigo 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no §7 do artigo 195, sob pena de negar seja a imunidade discutida uma "limitação ao poder de Tributar" (RE 566.622/RS, Site do STF).

Os dados levantados pela consultante sobre a contrapartida que as entidades mencionadas dão ao governo e à sociedade em troca das referidas desonerações é paradigmático. Reproduzo apenas alguns elementos comparativos que a consultante, contratando auditoria de renome internacional, constatou:

Na Educação Superior, são 324 instituições (IES) que representam 14% do total das universidades e faculdades do país. Estas instituições atendem 17% dos 7,3 milhões de alunos cursando o ensino superior, 16,8% dos 394 mil funcionários que trabalham na educação superior e respondem por 25% dos 2 milhões de bolsas de estudo e do financiamento estudantil no país (inclui PROUNI e FIES). Na Educação Básica, são 1.755 escolas que atendem 1 milhão de alunos e empregam cerca de 138 mil funcionários, disponibilizando aos alunos 204 mil bolsas de estudo.

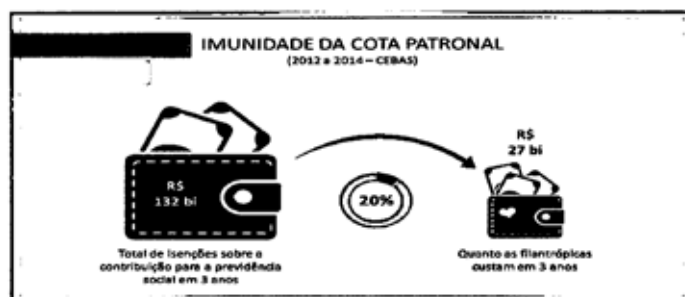
Na Saúde, são 1.393 estabelecimentos responsáveis por 3,57 milhões de internações hospitalares (31% de todas as internações realizadas no país em 2015), disponibilizam 182.446 leitos (31% dos leitos existentes no país) e empregam 251.526 funcionários (10% de todos os funcionários que trabalham com Saúde no país incluindo o funcionalismo público).

Na Assistência Social, são 4.930 entidades (14,2% do total de entidades sociais no país) que empregam 433.089 funcionários (65% de todos os funcionários que trabalham na rede sócio assistencial – não governamental) e disponibilizam 4,8 milhões de vagas de atendimento (62,7% de todas as vagas rede sócio assistencial), dentro dos diversos graus de complexidade da tipificação dos serviços sociais, abrangendo desde os serviços de fortalecimento de vínculos até os acolhimentos institucionais em asilos, abrigos e creches.

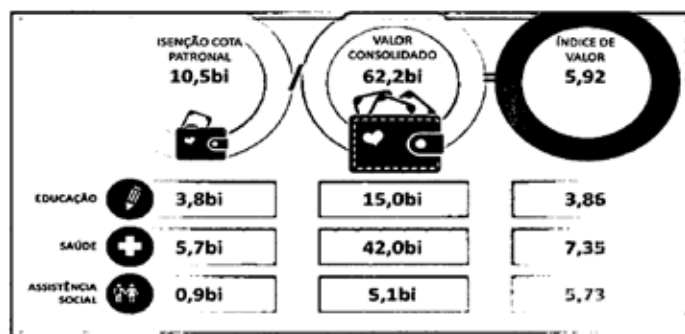
E toda essa prestação de serviços “custa” para o Estado “2,7% do total da arrecadação da Previdência Social” e 3,3% do total da arrecadação proveniente de Empresas e Entidades Equiparadas. Confira-se:

Isenção x Arrecadação	2014		2013		2012	
	R\$	%	R\$	%	R\$	%
Isenção Cola Patronal	9.920.945.969	100,0%	8.867.707.183	100,0%	7.925.563.549	100,0%
Entidades Sem Fins Lucrativos						
Arrecadação Total das Fontes de Receita	347.818.013.000	2,9%	340.375.566.638	2,6%	303.900.404.316	2,6%
Arrecadação Empresas e Entidades Equiparadas	281.723.961.000	3,5%	270.236.893.380	3,3%	253.995.227.480	3,1%

Em termos absolutos, nesses três anos, as chamadas “filantrópicas” representaram para a Previdência, renúncia de R\$27 bi, o que importa em valor inferior a 20% do total das isenções:



Ocorre que para R\$100 de isenção, as “filantrópicas” da saúde, beneficiam a sociedade com mais de R\$635. No setor de assistência social, a cada R\$100 reais que a entidade deixa de recolher a título de tributos dispense ainda mais R\$473 para desempenhar suas atividades caritativas. E, na educação, as entidades desembolsam R\$286 para cada R\$100 de isenção, aplicando, portanto, em prol da sociedade, 3,86 vezes o que recolheriam para o Erário. A contrapartida de cada um dos setores desonerados é assim compilada no estudo do FONIF:



O terceiro setor gera, segundo esse mesmo trabalho, 1.300.000 de empregos, constituindo, também por essa razão, força motriz na erradicação da pobreza e da desigualdade social, um dos objetivos fundamentais da República⁹.

⁹ Memorial da FONIF para o STF na ADI 2028/99.

Como se percebe, a única colaboração que o Estado dá a estas entidades que fazem o que os Governos deveriam fazer com nossos tributos e não o fazem é a desoneração tributária em troca do estuendo trabalho que devolvem, muitas delas centenárias, como as Universidades Mackenzie, a Beneficência Portuguesa e outras com mais de meio século de atuação, como as diversas PUCs espalhadas pelo Brasil.

Não há que se confundirem estas entidades com aquilo que pessoas desinformadas – ou agentes públicos que querem se eximir do poder dever de fiscalizar – sentem conforto em generalizar situações para defender o indefensável, denominam de “pilantrópicas”.

As “pilantrópicas”, na infeliz expressão de pessoas pouco versadas no vernáculo, são casos de polícia, cabendo à fiscalização desventrá-las e atuá-las, por não merecerem o *status* que lhes outorgaram seus criadores.

Não se pode generalizar, colocando na mesma categoria uma enormidade de instituições sérias e aquelas constituídas de larápios da boa-fé institucional, pois não é difícil distinguir as verdadeiras entidades sem fins lucrativos, filantrópicas ou confessionais, que são constituídas para trabalhar em prol da saúde, da educação e da assistência social, a bem da sociedade.

É de se lembrar, por outro lado, que não cuidam, as “imunidades”, de renúncia fiscal, mas de vedação ao poder de tributar, não havendo que se confundir tal impedimento criado pela Lei Suprema com a hipótese do artigo 213 da CF, assim redigido:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades¹⁰

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos escreveu:

“Este artigo e seus dois incisos preceituam que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias confessionais ou filantrópicas definidas em lei, que: a) comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; b) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. Podemos observar que nenhuma de nossas Constituições anteriores dispôs sobre essa matéria. Apenas a Emenda Constitucional nº 1/69 estabelecia, em seu art. 176, §2º, que, respeitadas as disposições legais, o ensino era livre à iniciativa particular, a qual mereceria o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos” (*Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2000. 8º volume, p.729).

que implica VERSÃO DE RECURSOS, através de doações ou financiamentos favorecidos. Tais versões de recursos podem e devem ser reguladas por lei, podendo ser ou não concedidos pelo Poder tributante. Sempre que concedidas, há renúncia fiscal. Nas imunidades, não. Ninguém pode renunciar ao que não tem.

Voltando às imunidades, que são garantias asseguradas ao contribuinte, os requisitos para seu gozo, relativamente a impostos e contribuições sociais, devem ser definidos por lei complementar, nos termos do artigo 146, II da CF, conforme reconheceu a Suprema Corte nas ADI's 2028, 2621, 2228 e 2036 e na Repercussão Geral 566.622 – as primeiras patrocinadas pelo meu escritório e nas quais sustentei pessoalmente perante a Suprema Corte em 04/06/2014. O artigo está assim disposto:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; (...)

Ora, as decisões nos dois casos têm os seguintes teores:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 32 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar”. Não votou o Ministro Edson Fachin por suceder o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.02.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.
p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário (grifos meus)¹¹;

CERTIFICO que o PLENÁRIO, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

¹¹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.622/RS.

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), julgando parcialmente procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente o Ministro Dias Toffoli representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola. Falaram, pela requerente Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins, e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária Geral de Contencioso. Plenário, 04.06.2014¹²;

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade e nos termos do voto Ministro Teori Zavascki, o Tribunal julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 70 da Lei nº 9.732/1998. Aditou seu voto o Ministro Marco Aurélio, para, vencido na preliminar de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental, assentar a inconstitucionalidade formal do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, na redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 9.732/1998. Redigirá o acórdão a Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, que proferiu voto em assentada anterior. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 02.03.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário.¹³

¹² PLENÁRIO, CERTIDÃO DE JULGAMENTO, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.028, PROCED.: DISTRITO FEDERAL, RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA, REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-HOSPITAIS, ESTABELECIMENTOS E SERVIÇOS – CNS, ADV. (A/S): IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA, INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL.

¹³ PLENÁRIO, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2028, PROCED. DF.; REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, REDATORA DO ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER, REQTE.; CONFED. NAC. DE SAÚDE-HOSPITAIS, ESTABELEC. E SERVIÇOS – CNS, ADV.(A/S): IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, INTDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA, INTDO.: CONGRESSO NACIONAL.

Os requisitos objetivos não podem, à evidência, desnaturar o gozo das imunidades, criando óbices inaceitáveis ou que as inviabilizem. *A lei complementar pode apenas explicitar o conteúdo constitucional*, conforme explicou aquele que, talvez, tenha sido a maior figura da história da Suprema Corte, o Ministro Moreira Alves, ao dizer:

Mas o Ministro Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. *Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional*”. Isso significava dizer o quê? Dizer: “*Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição*”.

E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, *ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar*. Se é que há o que regulamentar, em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais”, não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. *Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição*. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: “*Não. Não pode, porque não é lei complementar*”. Mas dizia: “*Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional*”¹⁴.

A Lei Complementar, ao definir os requisitos para gozo da imunidade, deve explicitar o que está na Constituição, sendo que os limites da intenção constituinte estão no próprio texto constitucional.

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Pesquisas Tributárias – Processo Administrativo Tributário. Autores: Antonio José da Costa, Antonio Manoel Gonzalez, Dirceu Antonio Pastorello, Diva Malerbi, Edison Carlos Fernandes, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Fernando de Oliveira Marques, Fernando Facury Scaff, Francisco de Assis Alves, Francisco de Assis Praxedes, Gustavo Miguez de Mello, Helenilson Cunha Pontes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra Martins, José Augusto Delgado, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Luiz Antonio Caldeira Miretti, Marcello Martins Motta Filho, Marco Aurélio Greco, Maria Teresa de Cárcomo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Moisés Akselrad, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Plínio José Marafon, Ricardo Lobo Torres, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Valdir de Oliveira Rocha, Vinicius T. Campanille, Vittorio Cassone, Wagner Balera e Yoshiaki Ichihara. Ed. Centro de Extensão Universitária/Ed. *Revista dos Tribunais*, 2ª ed., 2001. p.31/32. (Nova Série nº 5).

Chegamos, agora, ao ponto nevrálgico do parecer.

Declara o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Lei Suprema que:

Art. 60. (...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

Todas as garantias e direitos individuais são cláusulas pétreas. Não podem ser modificadas. Já escrevi a respeito:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no artigo 5º, mas, como determina o §2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Tem-se discutido se, em rigor, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preservação, em rigor, é um direito e uma garantia individual. Toda a Constituição não faz senão garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecuratório (Judiciário), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).

Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais.

Tal formulação, todavia, peca pela própria formulação do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecuratórios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.

Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional – e apenas nele – afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.

Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.

Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição, seriam cláusulas pétreas¹⁵.

Ora, os direitos dos contribuintes mencionados neste parecer mereceram do constituinte as garantias do artigo 150, nelas incluídas as imunidades constitucionais (inciso VI, letra "c" e 195, §7º), o que vale dizer que, quanto a tais contribuintes, não pode haver qualquer emenda constitucional tendente a abolir tais garantias, sendo, portanto, cláusulas imodificáveis, pétreas, inalteráveis. Só pode haver, por emenda constitucional, imposição sobre outras espécies tributárias diferentes daquelas referidas neste parecer, mas jamais sobre impostos ou contribuições sociais.

É de se lembrar que, embora as imunidades protejam as instituições de educação, de saúde e de assistência social sem fins lucrativos, em rigor, os direitos mais protegidos são os dos beneficiários de tais instituições, ou seja, estudantes, hipossuficientes e pacientes que sofrem das mais variadas doenças, os quais, infelizmente, não podem contar com os estabelecimentos de saúde pública, notoriamente insuficientes para atender integralmente às necessidades da população brasileira.

A meu ver, nenhuma emenda constitucional pode ser proposta objetivando retirar tais imunidades de tais instituições, desde que atuem sem fins lucrativos, sejam filantrópicas, confessionais ou comunitárias. Gozam elas – as pessoas que as dirigem e que não são suas proprietárias –, assim como de seus estabelecimentos, de direito imodificável quanto a tais garantias vedatórias da imposição. Tanto é assim que, quando da extinção de qualquer estabelecimento imune, seus dirigentes são obrigados a transferir seu patrimônio para outras instituições do mesmo perfil. Suas atividades são, pois, complementares à ação oficial.

Neste aspecto está, portanto, a essência das imunidades, que é a de atrair pessoas físicas a criar estes estabelecimentos em prol da sociedade, objetivando atender a três finalidades governamentais de extrema relevância para o desenvolvimento nacional, ou seja, oferecer educação, saúde e assistência social a todos.

Parece-me, pois, ao ler todo o projeto de previdência (PEC 287/2016), que estes aspectos não foram maculados, continuando a serem reguladas tais instituições pelos princípios constitucionais atrás mencionados, explicitados principalmente pelas decisões das referidas ADI's e do RE de Repercussão Geral, cujos acórdãos não foram ainda publicados.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Ed. Saraiva, 1999. p.413/415.

Roque Carrazza, no mais profundo livro escrito sobre as imunidades tributárias de instituições filantrópicas, confessionais, comunitárias e sem fins lucrativos, de forma exaustiva, didática e em absoluto rigor científico, demonstra, à sociedade, por que são cláusulas pétreas e por que razão devem ser preservadas, principalmente num momento em que os governos das demais unidades federativas não encontram espaço para atender à imensa necessidade de desenvolvimento educacional e atendimento à população brasileira, no plano da saúde e da educação, por escassez de recursos, nas burras estatais¹⁶.

Por fim, apenas para argumentar pelo absurdo, se possível fosse tributar tais instituições com impostos e contribuições sociais, o que teríamos seria um ensino mais caro e uma saúde mais onerosa para todos os brasileiros, afetando diretamente a população, mormente a de menor renda¹⁷.

Talvez, por esta razão é que a PEC 287/16 não tocou no dispositivo chave que garante a imunidade das contribuições sociais, ou seja, o artigo 195, §7º, que permanece inalterado, no projeto governamental de adaptação previdenciária.

Tenho a convicção de que a reforma previdenciária é essencial. Defendi esta necessidade, assim como de outras reformas, como se pode ler no editorial escrito para a Revista Justiça e Cidadania endereçada especialmente aos 18.000 magistrados brasileiros, em que declarei:

A reforma política é necessária. Embora eu, pessoalmente, defenda o parlamentarismo desde os bancos acadêmicos, creio que o primeiro passo seria a adoção de cláusula de barreira, com avaliação da performance partidária para a manutenção dos partidos; voto distrital misto, ou seja, metade dos deputados sendo eleitos no distrito e metade por eleições proporcionais; financiamento de campanha sob rígido controle e eliminação de coligações partidárias. *A reforma previdenciária, embora de impacto a mais longo prazo, é imprescindível. Se não vier, a população que trabalha não terá como sustentar uma*

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. Prefácio de Ives Gandra Martins, São Paulo: Ed. Noeses, 2015.

¹⁷ Paulo de Barros Carvalho explica:

“Ao coordenar tais ponderações, começa a aparecer o vulto jurídico da entidade. É mister, agora, demarcá-lo, delimitá-lo, defini-lo. Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Do exposto, é forçoso concluir que a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, pois estas representam o resultado de uma conjugação de normas constitucionais, entre as quais estão elas, as imunidades tributárias. A competência para legislar, quando surge, já vem com as demarcações que os preceitos da Constituição fixaram, e, entre eles, os que impedem que certas situações sejam contempladas como hipótese de incidência de tributos, perfazendo proibições fortes, chamadas de imunidades tributárias” (MARTINS, Ives Gandra (Coord.); CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Imunidades das instituições religiosas*. Diversos autores, São Paulo: Ed. Noeses, 2015. p.35).

população superior de aposentados, no futuro. A reforma trabalhista, no que concerne à terceirização e às convenções coletivas de trabalho, é relevante para reduzir o desemprego. Quanto à reforma burocrática, temos esperança de que o nosso anteprojeto, que surge de uma Comissão criada pelo próprio Senado com esta finalidade, possa ser aprovada. A reforma tributária não pode esperar mais. Eliminar a guerra fiscal do ICMS e ISS e simplificar a legislação são requisitos básicos, para começar. É de se lembrar que o STF sempre considerou inconstitucional tal prática, sem que os Estados se curvassem, pois editavam novas leis padecendo do mesmo vício, tão logo a lei anterior era declarada violadora da Carta da República. A reforma do Judiciário é importante, visto que a Lei Complementar 35 de 1975 está ultrapassada. *Nitidamente, vencer os anticorpos do atraso enquistados no poder e os privilégios que tornaram "direito adquirido" toda a espécie de benesses, é importante.* Temos que ter condições de competir com os demais países, inclusive com aqueles do contexto latino americano. Trata-se de tarefa que exige uma cruzada cívica da sociedade em aceitar os sacrifícios necessários e dos governantes em abrir mão dos auto-outorgados benefícios, sobre reduzir o tamanho da máquina burocrática, nas mais de 5.500 entidades federativas. Afinal, o servidor público deve servir à nação e não dela se servir, assim como o cidadão deve ser considerado como tal, não um objeto da administração, um escravo do poder, um cumpridor de inumeráveis obrigações burocráticas que se multiplicam para justificar a manutenção da máquina. Quanto maior for a burocracia desnecessária, maior será a corrupção. Quanto maior o número de leis inúteis impostas aos novos escravos da gleba em que o povo se transformou, maior o acúmulo de processos penais, em que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia devem intervir, não poucas vezes, confundindo o abuso de autoridade com a busca de justiça. O Brasil precisa ser passado a limpo. As reformas são necessárias, mas a cultura política e da cidadania têm que, de um lado, repelir a manutenção de uma máquina burocrática e esclerosada, e de outro, exercer o seu papel. O país depende não só desse respeito ao direito da cidadania, mas do compromisso dos diversos segmentos sociais para fugir a esta inércia. Estamos em tempo de mudança. De mentalidade e de costumes, na busca de um país de que os nossos filhos possam vir a orgulhar-se no futuro. É o que espero, como um velho advogado, que jamais perdeu a esperança de ver o Brasil como líder mundial, onde a justiça social e a livre iniciativa de braços dados tornem a vida de todos os brasileiros digna de ser admirada no concerto das nações. (grifos meus)¹⁸

¹⁸ Revista Justiça & Cidadania. Dezembro de 2016, p.6/7.

Estou convencido, pois, de que reforma tão essencial como a previdenciária é fundamental para que uma população cada vez maior, com longevidade crescente e com precoces aposentadorias, não seja sustentada por um número cada vez menor de trabalhadores, o que torna impossível a manutenção do sistema por tempo indefinido. Diria, mesmo, por tempo limitadíssimo, antes de as contas implodirem.

Não será, todavia, atingindo as instituições sem fins lucrativos, filantrópicas, confessionais e comunitárias, que dão um retorno muito maior do que recebem, que se conseguirá solucionar tal problema, agravando, por outro lado, o cotidiano de tais instituições de que dependem, em grande parte, a educação e a saúde do país.

Concluo, pois, que não vejo como a PEC 287/16 possa pôr em risco as imunidades tributárias, pois os artigos chaves que autorizam tal reforma não agridem as imunidades.

Minha resposta, portanto, é que não vislumbro qualquer perigo de que as imunidades tributárias, de impostos e de contribuições sociais, sejam retiradas das entidades beneficentes de assistência social que preenchem os requisitos mencionados na lei complementar, como decidido nos processos judiciais citados, independente ou não de certificação oficial. De ressaltar que esta própria certificação estava prevista em inúmeros dispositivos ora considerados inconstitucionais, o que torna impossível a definição até mesmo de como poderá a autoridade certificar.

Creio que no máximo, ainda argumentando pelo absurdo, poderia tal certificação – que, a meu ver, é indevida pelo teor das decisões na ADI 2028 e seguintes¹⁹ –, apenas referir-se aos requisitos do artigo 14 do CTN, assim redigido:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela LC nº 104, de 2001)

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no §1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

¹⁹ Do julgamento das referidas ADI's é de se lembrar:

“O voto do eminente e saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, no sentido de que ‘aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária’, como consta da publicação impugnada, foi MINORITÁRIO, somente tendo sido referendado pelos Ministros TOFFOLI, ROSA WEBER e LUIZ FUX.

Aliás, pelo fato de ter sido declarada inconstitucional toda legislação ordinária que estabelecia os supostos requisitos a serem sindicados para expedir a expedição do certificado (por exemplo, percentuais de gratuidade ou de atendimento do SUS), há até mesmo uma *impossibilidade material* de a autoridade emitir tal documento” (grifos meus).

§2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos²⁰.

Isto é, se atendidos tais requisitos pelas instituições filantrópicas, comunitárias e confessionais, sem fins lucrativos, não haverá como negar-lhes o direito de gozo das imunidades. E a omissão da autoridade ou a demora em expedir a certificação não pode implicar a exigência de tributo.

É que a certificação não representa *concessão* da imunidade, mas apenas *reconhecimento* dela. Vale dizer, tal reconhecimento terá sempre eficácia *ex tunc*.

Em resumo, a PEC 287/2016 não coloca em risco o gozo das imunidades constitucionais previstas no artigo 195, §7º, e qualquer eventual emenda que pretenda suprimi-las seria inconstitucional, por violadora da cláusula pétrea expressa no artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta da República.

É o que me cabe responder ao único quesito formulado.

s. m. j.

São Paulo, 22 de Março de 2017.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

²⁰ O Ministro Teori Zavascki assim se manifestou sobre o referido artigo, que tem eficácia de lei complementar: “Sem embargo dessas ponderáveis razões, não há como negar a superioridade da tese contrária, que reclama lei complementar para esse desiderato. É que a imunidade se diferencia das isenções, demais figuras de desonerações tributárias, justamente por cumprir uma missão mais nobre do que essas últimas. A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas à concussão de alguns objetivos que são fundamentais para a República, como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da República não podem ficar à mercê da vontade transitória de governos. Devem ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolvem costumeiramente os juízos políticos de conveniência e oportunidade para desfrutar da dignidade política de Estado, porque é isso o que são. Ora, se é assim, não se pode conceber que fique o regime jurídico das entidades beneficentes sujeitos a flutuações legislativas erráticas não raramente influenciadas por pressões arrecadatórias de ocasião. É inadmissível que tema tão sensível venha a ser regulado, por exemplo, por meio de medida provisória, como já ocorreu” (Sessão de julgamento do dia 04/06/2014, Julgamento das ADI’s 2028, 2621, 2228 e 2036, imunidade do art. 195, §7º da CF: exigência de LC).

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 3ª Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude junto à 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação. Ação Civil Pública. Decreto Estadual nº 41.553/2008. Utilização de armas não letais para contenção e segurança no cumprimento de medida socioeducativa.

APELAÇÃO

DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

Processo nº 0450395-45.2008.8.19.0001

Relatora: Des. Cleber Ghelfenstein

Apelante: Ministério Público

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECRETO ESTADUAL Nº 41.553/2008. UTILIZAÇÃO DE ARMAS NÃO LETAIS PARA CONTENÇÃO E SEGURANÇA NO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125 DO ECA. PROTEÇÃO INTEGRAL. PRIORIDADE ABSOLUTA. UTILIZAÇÃO DE SPRAY DE PIMENTA EM DESACORDO COM OS DITAMES LEGAIS. VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DOS ADOLESCENTES. MEDIDAS DE CONTENÇÃO E SEGURANÇA QUE DEVEM SE ADEQUAR AOS DIREITOS E ÀS GARANTIAS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DECRETO GENÉRICO QUE NÃO ASSEGURA A FINALIDADE SOCIOEDUCATIVA DAS MEDIDAS. *Parecer no sentido do conhecimento e provimento do recurso.*

Colenda Câmara,

1. BREVE RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face da r. Sentença de fls. 164/169, proferida nos autos de *Ação Civil Pública* movida pelo Ministério Público, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento da nulidade do Decreto Estadual nº 41.553/2008, que autorizou o DEGASE a adquirir e utilizar equipamentos não letais na contenção e segurança de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa.

A inicial de fls. 02/18 foi instruída com cópia do Decreto impugnado à fl. 19. Decisão que deferiu a liminar às fls. 21/23.

Contestação às fls. 63/70.

Acórdão da Décima Quarta Câmara Cível que revogou a decisão antecipatória, mantendo-se a validade do Decreto Estadual às fls. 141/147.

Sentença que julgou improcedente o pedido ministerial sob o fundamento de que o ato administrativo atacado não possui qualquer vício às fls. 164/169.

Razões de apelação apresentadas às fls. 172/195, aduzindo, em síntese, que o Decreto Estadual impugnado é materialmente ilegal e inconstitucional, razão pela qual é necessária a reforma da Sentença, declarando a nulidade absoluta do Decreto Estadual nº 41.553/2008, em observância ao princípio da proteção integral, ao caráter pedagógico, reeducacional e de inserção social das medidas socioeducativas e à obrigação do Estado de zelar pela integridade física e mental dos internos.

As razões de apelação foram instruídas com parecer ministerial da Assessoria do Procurador Geral de Justiça, de fls. 196/208, que opinou pela pertinência de sugestão formulada pelas Promotorias de Justiça de Execução de Medidas Socioeducativas no sentido de ser provocado o Procurador-Geral da República para apreciar o cabimento da propositura de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Relatórios de inspeções realizadas pelo SEAMSE – Serviço de Acompanhamento das Medidas Socioeducativas – no Educandário Santo Expedito (fls. 209/252), no CRIAAD Santa Cruz (fls. 266/272), no CRIAAD Penha (fls. 273/288) e no CRIAAD Bangu (fls. 289/298).

Decisão à fl. 301, que deixou de conhecer o recurso de apelação, ante a certidão de intempestividade de fl. 300.

Cópia do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público em face da decisão que deixou de conhecer o recurso de apelação às fls. 303/311.

Decisão à fl. 312 que, em juízo de reconsideração, reconheceu a tempestividade da apelação e recebeu o recurso no duplo efeito.

Contrarrazões de apelação apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro às fls. 379/386, requerendo que seja negado provimento ao recurso de apelação, mantendo-se *in totum* a r. Sentença.

Conforme decisão de fl. 388, em atendimento ao disposto no art. 198, ECA, a Sentença foi mantida por seus próprios fundamentos.

2. DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e, presentes os demais requisitos necessários à sua admissibilidade, demanda ser conhecido.

3. DO MÉRITO RECURSAL

Trata-se de *Ação Civil Pública* impugnando o Decreto Estadual nº 41.553/2008, que autoriza a aquisição e o uso de armas não letais em estabelecimentos de cumprimento de medidas socioeducativas.

A Sentença indeferiu o pedido ministerial sob o fundamento de que ao Estado, além de competir a orientação dos adolescentes, também incumbe o dever de preservá-los, de forma que possam existir situações que exijam um atuar estatal mais incisivo, garantindo a segurança dos agentes e dos adolescentes, razão pela qual não há que se falar em vício do ato impugnado.

O recurso de apelação baseia-se no caráter pedagógico, reeducacional e de inserção social da medida socioeducativa, alegando que o caráter punitivo da medida já consiste na sua internação, não podendo o Estado utilizar de métodos violentos para contenção e segurança dos adolescentes.

Primeiramente faz-se necessário, portanto, tecer alguns comentários acerca das medidas socioeducativas e o tratamento jurídico a elas conferido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ consagrou inúmeros valores, como liberdade, solidariedade, justiça social, honestidade, paz, responsabilidade e respeito à diversidade cultural, religiosa, étnico-racial, de gênero e orientação sexual. Esses valores passaram a ser adotados por diversos diplomas, sistemas e ordenamentos jurídicos, como os norteadores da construção coletiva dos direitos e responsabilidades e cuja concretização se consubstancia em uma prática que, de fato, garanta a todo e qualquer ser humano seu direito de pessoa humana.

Mais especificamente no caso dos adolescentes internados por prática de ato infracional, é imperioso que esses valores sejam conhecidos e vivenciados durante o cumprimento da medida socioeducativa, garantindo acesso aos direitos e às condições dignas de vida, reconhecendo estes adolescentes como sujeitos pertencentes a uma coletividade que também devem compartilhar tais princípios.

Durante a execução da medida de internação, o adolescente deve ser submetido a conjunto de ações socioeducativas que contribua na sua formação, para que ele venha a ser um cidadão autônomo e solidário, sem reincidir na prática de atos infracionais.

Portanto, é inegável que as entidades de atendimento que executam a internação provisória deverão orientar e fundamentar a prática pedagógica sob a ótica da prevalência da ação socioeducativa em detrimento de aspectos meramente sancionatórios.

Isso porque, apesar de as medidas socioeducativas possuírem em sua concepção uma natureza sancionatória, uma vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, possuem, sobretudo, uma natureza sócio-pedagógica, pois sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania do adolescente.

Segundo Rossato²:

¹ Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: Lei nº 8.069/1990: artigo por artigo. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.378.

Além dos direitos específicos, a depender da medida socioeducativa aplicada (como é o caso da internação, acima mencionada), há também a previsão de direitos genéricos, que devem ser observados independentemente da medida socioeducativa aplicada (art. 49 da Lei 12.594/2012). São eles: [...] III – ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na Sentença; [...]

Ademais, os artigos 15, 17 e 18 da Lei nº 8.069/1990 (ECA) elencam direitos das crianças e adolescentes que devem ser observados por todos, entre os quais se destaca o direito ao respeito e à garantia da dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. [...]

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.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. [g.n.]

Analisando o respeito e a dignidade como direitos fundamentais de crianças e de adolescentes, Amin³ ensina que:

Respeito “é o tratamento atencioso à própria consideração que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas”,⁴ Dignidade é a “qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que

³ AMIN, Andrea Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1139. p.94.

⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.124.

é tida”.⁵⁻⁶ A vulnerabilidade infanto-juvenil – física e psicológica – tem ensejado um abuso da condição de pessoa em desenvolvimento. A coisificação dos menores, como se fossem “projetos de gente” carecedores de respeito e consideração, desencadeia atos de violência física e moral. [...] O paradigma da proteção integral, sistematicamente, está consolidado, mas culturalmente ainda há muito a fazer. O estigma do menor como objeto de proteção concede o direito a tratar os menores e deles exigir o que bem se entende, sem enxergá-los como pessoas, carecedoras de tratamento digno e resguardo à sua integridade física, psíquica e intelectual [...].

Dessa forma, cumpre examinar o teor do art. 125 do ECA, que dispõe:

Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

Não se pode ignorar que incumbe ao Estado garantir a segurança daqueles sob sua custódia, razão pela qual cabe àquele utilizar os instrumentos necessários para essa finalidade, desde que respeitadas as garantias dos adolescentes.

Da leitura do dispositivo transcrito, podemos concluir que o Poder Público é a figura central na garantia do direito à segurança e à integridade física e mental do adolescente privado de liberdade. Esta regra reafirma a corresponsabilidade do Estado assentada no art. 227 da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [g.n.]

Isso significa que incumbe ao Estado a responsabilidade de adotar todas as medidas para que, de fato, tais garantias sejam respeitadas. Nesse sentido, cabe mencionar as palavras de Rossato⁷:

⁵ De Plácido e Silva, *op. cit.*, p.72.

⁶ A Lei nº 12.594/2012, no artigo 49, III, elenca os direitos ao respeito à sua personalidade e intimidade entre os direitos individuais do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa.

⁷ ROSSATO, Luciano Alves. *Op. cit.* p.377.

O Poder Público possui dever fundamental de zelar pela integridade física do interno e o descumprimento desse dever legal por parte das autoridades competentes pode ocorrer tanto de forma dolosa quanto culposa.

Trilhando igual senda, Veronese⁸ é enfática na natureza do múnus público que ora se examina:

O art. 125 incumbe o Poder Público de total responsabilidade pela integridade física e mental dos adolescentes internados, responsabilidade esta em “caráter irrenunciável e indelegável”. A intangibilidade da pessoa humana, independentemente de sua idade, encontra-se protegida na forma de princípio constitucional, por meio do art. 5º, XLIX, da Carta federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Do dispositivo legal, também se extrai uma autorização legal para que as autoridades competentes adotem medidas de contenção dos adolescentes, como recurso para situações extremas que envolvam risco à sua integridade e de outrem.

Não se pode desconsiderar a realidade. Sabe-se que, por diversas ocasiões, os internos rebelam-se, agindo de forma a comprometer a própria segurança, dos demais adolescentes ali internados e dos agentes que trabalham na instituição, sendo fundamental o investimento em segurança (preventiva e repressiva) para que seja assegurada a tranquilidade para o trabalho socioeducativo.

Dessa forma, compete ao Estado compor um conjunto de ações fundamentais de intervenção estratégica da segurança, estruturando e organizando as ações do cotidiano socioeducativo e investindo em medidas de prevenção das situações-limite, como brigas, quebradeiras, motins, fugas, invasões, incêndios, agressões e outras ocorrências desse tipo.

O dispositivo do art. 125 do ECA, ainda, se harmoniza com as Regras Mínimas das Nações Unidas para Jovens Privados de Liberdade, as quais, segundo Costa⁹ “foram concebidas não só para a melhor proteção desses jovens em especial situação de vulnerabilidade, mas também para servir como padrões práticos de referência [...]”. E complementa o doutrinador sobre tais Regras: “Visam, sobretudo, a evitar os efeitos prejudiciais que todo tipo de detenção acarreta na integridade física e mental dos internos”.

⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.283.

⁹ COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.258.

Dispõe o referido documento internacional acerca dos meios de controle e disciplina:

K. Limitações da coerção física – uso da força

63. Uso de instrumentos de coerção e a força, com qualquer fim, deverá ser proibido, salvo nos casos estabelecidos no Artigo 63.

64. Somente em casos excepcionais poder-se-á usar a força ou instrumentos de coerção, quando todos os demais meios de controle tenham esgotado e fracassado, e apenas pela forma expressamente autorizada e descrita por uma lei ou regulamento. *Esses instrumentos não deverão causar lesão, dor, humilhação, nem degradação, e deverão ser usados de forma restrita e pelo menor período de tempo possível. Por ordem do diretor da administração, estes instrumentos poderão ser utilizados para impedir que o menor prejudique a outros ou a si mesmo ou cause sérios danos materiais. Nesse caso, o diretor deverá consultar, imediatamente, o pessoal médico e outro pessoal competente e informar à autoridade administrativa superior.*

65. Em todo centro onde haja jovens detidos, deverá ser proibido o porte e o uso de armas por parte dos funcionários.

L. Procedimentos disciplinares

66. *Todas as medidas e procedimentos disciplinares deverão contribuir para a segurança e para uma vida comunitária ordenada e ser compatíveis com o respeito à dignidade inerente do jovem e com o objetivo fundamental do tratamento institucional, ou seja, infundir um sentimento de justiça e de respeito por si mesmo e pelos direitos fundamentais de toda pessoa. [g.n.]*

Neste balizamento, Garcia Mendez¹⁰ ensina: “As medidas de contenção e segurança serão adequadas se voltadas para proteção da integridade física do adolescente no contexto de um processo de integração ao mundo real”.

Ocorre que, editado o Decreto Estadual nº 41.553/2008 – em rota de colisão com toda a normativa especializada acerca das garantias do adolescente em conflito com a lei –, *autorizou-se através da Portaria DEGASE nº 61/2009, genericamente, o DEGASE*

¹⁰ GARCIA MENDEZ, Emilio. Art. 125. CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais. 7ª ed.*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.422.

(Departamento Geral de Ações Socioeducativas) a adquirir e utilizar equipamentos não letais para a contenção e segurança dos adolescentes em tratamento socioeducativo, sem qualquer garantia à integridade física e psíquica daqueles.

A regulamentação do Decreto impugnado pela referida Portaria DEGASE nº 61/2009 determinou que a utilização dos referidos equipamentos (definidos como Spray de Pimenta OC e Dispositivo Luminoso LED – Laser – Pimenta) deve ser restrita a eventos de grave perturbação, quando a situação concreta oferecer grave risco à integridade física dos envolvidos e depois de esgotadas todas as tentativas de negociação.

O ato regulamentador do DEGASE determina, ainda, que o spray de pimenta seja fornecido lacrado com numeração em série e que a sua utilização seja registrada minuciosamente no livro de ocorrências da unidade de internação.

Cumprir analisar, portanto, numa situação de crise, deve-se buscar garantir a segurança dos adolescentes e dos agentes da unidade de internação, admitindo-se ações de contenção daqueles que gravemente coloquem em risco a ordem do estabelecimento.

Não cabe, ainda, mencionar que situações de rebelião e motim não acontecem no Rio de Janeiro, uma vez que, conforme demonstram cópias do livro de ocorrência em anexo, no corrente mês (abril de 2013), foi registrado um único motim no Educandário Santo Expedito, situação na qual foi necessária a utilização de sprays de pimenta e extintores de incêndio.

Ocorre que a utilização desses equipamentos aconteceu de forma irregular, uma vez que os sprays não continham numeração. Este, todavia, não foi um caso isolado. Analisando demais cópias do livro de ocorrências do Educandário Santo Expedito, vislumbram-se outras situações de utilização de sprays de pimenta sem numeração e não lacrados.

No entanto, o que mais causa assombro na atuação dos agentes é a utilização destes equipamentos *com o fim de lesionar os adolescentes, ou seja, como forma de punição pela conduta inadequada e não com a exclusiva finalidade autorizada pelo ECA, que é a de contenção em situações de crise.*

É recorrente a reclamação referente à utilização de spray de pimenta nos olhos dos adolescentes, o que configura manifesto abuso por parte dos agentes e violação à integridade física dos internos.

Para exemplificar o desrespeito por parte da conduta dos agentes, cumpre destacar um trecho da declaração do adolescente W. C. DA S., feita ao Ministério Público, em 17 de julho de 2009 (documento nº 08):

[...] que os agentes continuaram a jogar spray de pimenta nos adolescentes; que o spray de pimenta foi jogado nos olhos do depoente bem de perto; que o depoente tentou defender os olhos com o braço, mas foi lançado spray por baixo do seu braço; [...] [g.n.]

Ademais, na mesma data, o adolescente M.J.P. declarou (documento nº 04):

[...] que os agentes jogaram spray de pimenta de perto tendo provocado derrame nas duas vistas do declarante; que estas Promotoras podem constatar que a vista direita do declarante está completamente vermelha; [...] [g.n.]

No mesmo sentido, o adolescente G.L.D.S., na sua oitiva (documento nº 05) afirmou:

[...] que usaram spray de pimenta no rosto do declarante e também no rosto dos outros adolescentes; que o spray foi usado de perto tendo o produto químico entrado nos olhos do declarante; que ficou com seu corpo com sensação de queimado, parecendo que estava em uma fogueira; [...] [g.n.]

O adolescente V.D.J.O. (documento nº 06), por sua vez, revelou:

[...] que os funcionários mandaram os adolescentes saírem do alojamento; que foram levados para a área do banho de sol; que na saída usaram spray de pimenta; [...] [g.n.]

Exemplificando os abusos impende, ainda, transcrever trecho da escuta do adolescente R.P.D.S. (documento nº 07):

[...] que os funcionários jogaram spray de pimenta na sua vista, que foi jogado spray de pimenta de perto, cerca de um palmo de distância dos olhos do declarante; [...] [g.n.]

Corroborando o panorama desastroso de abusos à integridade física e moral dos adolescentes internos, criado a partir da edição do Decreto em comento, vale colacionar relatório psicológico (documento nº 16) elaborado a partir de fiscalizações recentes nas unidades de atendimento aos infratores, na cidade do Rio de Janeiro. No tocante ao Educandário Santo Expedito, constata o psicólogo o seguinte:

[...] no que se refere ao tratamento dos adolescentes, de acordo com o relatório de visita realizada em maio de 2012 pela equipe de Psicologia do MPRJ, foram identificados alguns agentes socioeducativos utilizando cartucheiras com utensílios de defesa pessoal, entre eles spray de pimenta. No decorrer da presente

visita, as promotoras de justiça questionaram inúmeras situações referentes à sua utilização, sendo informado que a utilização de tal utensílio ocorreu após capacitação oferecida pela empresa fabricante¹¹ e nomeação autorizando o seu uso em Diário Oficial de apenas 02 agentes socioeducativos. *Contudo, a unidade possuía 06 tubos do utensílio, todos sem o lacre de segurança. Quando questionado sobre a última vez que o spray fora utilizado, tem ciência de que o mesmo fora usado há aproximadamente 02 meses, quando alguns adolescentes tentaram agredir um agente. Sobre o quantitativo de agentes da unidade e quantos passaram pelo curso de capacitação, o Sr. Sebastião não soube responder, devido a sua recém-nomeação temporária. Contudo, sua defesa sobre o aumento de capacitação e autorização de agentes para usarem o spray de pimenta sugere a escassez deste quantitativo, usando tal artefato como recurso para substituir o escasso número de agentes socioeducativos.* [g.n.]

Diante dos acontecimentos registrados nos livros de ocorrência (documento nº 01), bem como nos demais documentos ora acostados, não há como ignorar que *a autorização do Decreto estadual está sendo utilizada de forma abusiva pelas autoridades públicas.*

É inegável que a utilização desses equipamentos somente se justificaria se ocorresse de forma excepcional, ou seja, apenas como último recurso, e com a exclusiva finalidade de contenção de situações limite.

O spray de pimenta causa riscos de lesão corporal caso não seja usado corretamente, assim como as demais armas não letais, como demonstra relatório médico da lavra do Presidente da Sociedade Brasileira de Clínica Médica (documento nº 03).

Na prática, diante dos muitos relatos sobre a não utilização de crachás, evidenciou-se uma constante falta de identificação dos agentes, sendo mais grave ainda a falta de identificação daqueles que têm autorização ou fizeram efetivamente uso desses equipamentos (conforme fotografias que compõem o procedimento nº 2013.000376029 – documento nº 17).

A identificação dos agentes é essencial para a apuração de eventuais responsabilidades por abusos. A Administração Pública não pode admitir que um agente público faça uso inadequado desses equipamentos em adolescentes sem sofrer qualquer consequência.

Ademais, não foram sequer registrados os agentes que utilizaram os equipamentos. Isso, por evidente, impede que seja verificado se os que efetivamente fizeram uso dos sprays de pimenta foram aqueles que participaram dos treinamentos.

¹¹ Condor S. A. Indústria Química.

Desta maneira, apesar de a Portaria que regulamenta o Decreto determinar a coloração do produto (azul), não se vislumbra registros da utilização, como fotografias, o que impede a fiscalização do uso destes equipamentos.

Quanto à necessidade de treinamento dos agentes para viabilizar o “uso devido” desses equipamentos, cumpre ressaltar que foram realizados tão somente dois cursos pela empresa fabricante e fornecedora dos sprays de pimenta.

A realização de apenas dois cursos é extremamente alarmante. O risco que envolve o uso inadequado desses equipamentos demanda uma necessidade de um acompanhamento mais atento por parte do Estado, sendo necessários cursos de reciclagem e treinamento psicológico para que não ocorram as reiteradas situações abusivas que, infelizmente, são verificadas nestes autos.

No mais, em fiscalização realizada pelo *Parquet*, em data recente, foi verificado que essas armas não letais são armazenadas em locais inadequados, como, no Educandário Santo Expedido, em que esses equipamentos são guardados em um armário na sala em que é feito o atendimento psicológico dos adolescentes (documento nº 17).

Por oportuno, cabe, ainda, transcrever trecho de relatório de vistoria do Educandário Santo Expedido, feito por uma Assistente Social do Ministério Público (documento nº 13): “Na ocasião, os agentes usavam spray de pimenta como assessorio do uniforme – dispositivo que, a nosso ver, não é condizente com a proposta socioeducativa do atendimento [...]”.

As medidas socioeducativas têm caráter predominantemente educativo, de forma que devem viabilizar o desenvolvimento da capacidade de tomar decisões fundamentadas, com critérios para avaliar situações relacionadas ao interesse próprio e ao bem comum, aprendendo com a experiência acumulada individual e social, e potencializando sua competência pessoal, relacional, cognitiva e produtiva.

É certo que, através do mencionado Decreto Estadual, restou autorizada a utilização de tais equipamentos. Ocorre que uso de cartucheira com o spray de pimenta como parte do uniforme dos agentes não se coaduna com a proposta socioeducativa da medida.

Repita-se, tal autorização somente poderia ter sido deferida exclusivamente para fins de contenção em situações limite nas quais alternativas menos ofensivas não fossem suficientes, observando os níveis de uso progressivo da força.

Ocorre que essa autorização vem sendo interpretada como uma autorização genérica, para uma utilização indistinta de sprays de pimenta por parte dos agentes. Como se percebe da documentação ora acostada, os agentes portam cotidianamente esses equipamentos, utilizando-os como ameaça aos adolescentes.

Com essa conduta, o adolescente não está sendo educado, mas simplesmente coagido a agir de determinada maneira, o que impede que lhes sejam ensinados valores como o respeito ao próximo, inviabilizando que a principal finalidade da medida seja atingida, qual seja, a inserção social.

Ora, é certo que quando saírem da unidade de internação, esses adolescentes irão conviver com pessoas que não carregam em suas cinturas sprays de pimenta ou outros equipamentos e, para tanto, devem saber se comportar em situações que lhes desagradem.

É essencial, portanto, para a vida em sociedade que sejam ensinados valores como educação, respeito e disciplina a todas as pessoas, especialmente para aquelas em processo de desenvolvimento.

A questão disciplinar requer acordos definidos na relação entre todos no ambiente socioeducativo (normas, regras claras e definidas) e deve ser meio para a viabilização de um projeto coletivo e individual, percebida como condição para que objetivos compartilhados sejam alcançados e, sempre que possível, participar na construção das normas disciplinares.

Ao Estado, incumbe agir sob o manto do princípio da legalidade, de forma que os agentes públicos somente possam agir como determinado em lei. A autorização do ECA para utilização de medidas de contenção, no entanto, somente pode ser interpretada à luz do ordenamento constitucional e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

A segurança em um estabelecimento para adolescentes privados de liberdade, no dizer de Gomes da Costa¹², “não é uma questão adjetiva e nem secundária.” Trata-se de direito fundamental que deve ser assegurado com respeito e dignidade pelo Estado, evitando-se os excessos e abusos, inclusive os de ordem legislativa.

Nesta esteira, cabe mencionar o princípio da proporcionalidade. Por um lado, a proporcionalidade tem por fito proteger os direitos fundamentais contra os abusos cometidos pelo Estado no exercício de suas funções e, por outro, aquele princípio é utilizado como meio de solucionar colisões e antagonismos entre princípios constitucionais, conforme os interesses envolvidos no caso concreto. Streck¹³ afirma sobre o tema:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a *inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios*; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da

¹² GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. Art. 125. CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.424.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, mar./2005, p.180.

Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. [g.n.]

Conforme ressalta Mendes¹⁴, os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, para além de uma proibição de intervenção, contêm um postulado de proteção, de modo que há a proibição do excesso e a proibição da omissão. Para o referido autor, o dever de proteção se subdivide em dever de proibição, pelo qual o Estado possui a obrigação de proibir determinadas condutas; dever de segurança, segundo o qual o Estado deve adotar medidas diversas com o fim de proteger o indivíduo; e dever de evitar riscos, o que autorizaria o Estado a adotar medidas de proteção e prevenção.

Assim, todos os Poderes do Estado, entre os quais evidentemente está o Poder Executivo, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas, notadamente de seres humanos em processo de formação, evitando que seus atos redundem em ações desproporcionais.

A omissão estatal aos comandos protetivos, representada pela violação desses objetivos básicos e diretivos da atuação positiva, configura uma violação à proteção deficiente ou insuficiente, ferindo o princípio da proporcionalidade.

Diante das diversas situações acima descritas, devidamente comprovadas pelos documentos em anexo, não há como desconsiderar que o Decreto Estadual ora impugnado é ilegal, desproporcional e abusivo. Trata-se inegavelmente de uma autorização que afronta todos os ditames que norteiam os direitos infantojuvenis. Portanto, o Decreto e sua pretensa regulamentação pela Portaria do DEGASE são falhos e inviabilizam a apuração de abusos e irregularidades, impedindo a responsabilização devida.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça *pelo conhecimento e provimento do recurso* para reconhecer a ilegalidade do Decreto.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 2013.

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL

Procuradora de Justiça

HELANE VIEIRA RAMOS

Procuradora de Justiça

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Parecer Judicial. Promotoria de Justiça Eleitoral. Registro de Candidatura. Requerimento realizado por coligação partidária para fins de concorrer ao cargo de prefeito municipal.

REGISTRO DE CANDIDATURA

Exma. Sra. Juíza da 55ª Zona Eleitoral – Maricá,

Cuida-se de **Requerimento de Registro de Candidatura – (RRC)**, apresentado pela coligação **“Pra Viver Melhor”**, requerendo a habilitação do pré-candidato **Marcelo Jandre Delaroli, filiado ao DEM**, para concorrer ao cargo de prefeito nas eleições municipais de 2016.

PRELIMINARMENTE – SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO RRC DO INTERESSADO

Preliminarmente à análise da documentação apresentada pelo postulante, e em apreço à celeridade e economia que norteiam o processo eleitoral, o Ministério Público aproveita para apresentar parecer final na impugnação ao RRC do pré-candidato, interposta anteriormente.

Às fls. 97/115, consta a impugnação ao RRC do interessado, na qual aduz a coligação impugnante que o pré-candidato Marcelo Jandre Delaroli deve ter seu RRC indeferido, pois estaria inelegível, conforme o artigo 1º, I, alínea *d* da Lei Complementar nº 64/1995, em virtude de condenação transitada em julgada perante a justiça eleitoral, em processo de abuso de poder econômico e político.

Às fls. 146/154, consta decisão do E. TSE, proferida no bojo do RESPE 489-15.2012.6.19.0055, transitada em julgado, onde foi reformada em parte a sentença desfavorável ao ora impugnado, a fim de manter a condenação do mesmo pela prática de abuso de poder econômico, excluindo, todavia, a imposição da sanção de inelegibilidade.

O feito encontra-se maduro e devidamente instruído, comportando julgamento antecipado do mérito.

A questão jurídica a ser tratada no presente feito é saber se o candidato condenado por abuso de poder econômico e dos meios de comunicação, mas que teve afastada a inelegibilidade sanção prevista na LC nº 64/1990, art. 22, XIV, pode ser enquadrado na inelegibilidade do art. 1º, I, *d*.

A inelegibilidade consiste na negação do direito do cidadão de representar os eleitores no poder, consistindo em obstáculo imposto pelo Ordenamento Jurídico ao exercício da cidadania passiva a certas pessoas, em face de determinadas condições pessoais ou circunstâncias específicas. Nesse sentido, ela subtrai ou obstrui a capacidade eleitoral passiva do indivíduo, ao lhe retirar aptidão para receber votos e exercer mandato representativo. Portanto, a decisão judicial que reconhece a elegibilidade do cidadão, ou que o exclui do certame eleitoral, possui sérias consequências no sistema político, pois não só retira deste o direito de ser votado, como também retira dos eleitores a opção de o escolher para ocupar função pública.

A impugnação arrima em favor de sua tese a incidência da Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, d:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

(...)

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

O impugnado, por sua vez sustenta que o E. TSE afastou a inelegibilidade imposta na AIJE. A inelegibilidade afastada, no caso, foi aquela prevista no art. 22, XIV da mesma Lei:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

(...)

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010.)

Ademais, o impugnado ainda requer a aplicação ao impugnante das penas previstas no art. 25 da Lei:

Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé:

Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua.

Primeiramente, impende observar que *a celeuma poderia ter sido devidamente sanada, caso o E. TSE tivesse acolhido os embargos de declaração* (v. fl. 176) que especificamente questionaram se o afastamento da inelegibilidade no acórdão do RESPE também abrangeria aquela do art. 1º. Infelizmente, o tribunal resolveu omitir-se quanto a esse ponto, restando ao juízo de 1º grau decidir, no caso concreto, a questão sobre a inelegibilidade do postulante, em cada eleição ao qual ele se candidatar até o ano de 2020. Mais uma vez, parece se confirmar o brocardo de que, “no Brasil, até o passado é incerto”.

Como se vê, o tópico parece simples, mas as consequências da resposta podem assumir enorme complexidade, eis que a inelegibilidade constitui critério jurídico-político objetivo, prévio ao nascimento do *ius honorum*. E ela passa por se interpretar o sistema de inelegibilidades no Direito Eleitoral Brasileiro.

Nesse sentido, a doutrina¹ classifica as inelegibilidades, quanto à origem, como:

(1) *originária ou inata*, que decorre do *status* da pessoa ou da sua situação jurídica, não se tratando de sanção, mas de impedimento ou restrição temporária à cidadania passiva, constituindo mera adequação do cidadão ao sistema jurídico eleitoral – de acordo com a jurisprudência, (STF, ADCs 29/DF e 30/DF e ADI 4578/AC) as situações previstas no art. 14, §§4º a 7º da Constituição e no art. 1º da LC nº 64/1990;

(2) *sanção ou cominada*, decorrente da prática de certas ações vedadas pelo Ordenamento Jurídico, pois condutas ilícitas também podem ser sancionadas com inelegibilidade – pode ser vista na LC nº 64/90, arts. 19 e 22, XIV.

Ora, se o candidato teve afastada a segunda espécie de inelegibilidade, pode-se lhe impor a primeira? Não se trata de questionamento simples, o que,

¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016, p.203/4.

de plano, faz com que se conclua pela inviabilidade de se reconhecer a prática da conduta descrita no art. 25 da LC 64/1990, como lançado pela combativa defesa do impugnado contra o impugnante. Isto porque não há qualquer sombra de temeridade, muito menos da “manifesta má-fé”.

Segundo assentado entendimento jurisprudencial, a “representação” mencionada no art. 1º, I, *d*, da LC 64/1990 é aquela do art. 22, XIV, motivo pelo qual, para se configurar tal inelegibilidade, indispensável prévia condenação, transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado. Por sua vez, as situações previstas no art. 22 e no art. 1º são distintas: a incidência do art. 1º, I, *d* requer somente anterior representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, na qual se tenha apurado o abuso de poder. A existência dessa situação é reconhecida por ambas as partes.

Para JAIRO GOMES², a inelegibilidade do art. 1º, I, *d*, se verificará “independentemente de a sanção aí aplicada ter sido ou não de inelegibilidade”. Em sendo assim, este autor defenderia a procedência do pedido de impugnação.

A jurisprudência já teve a oportunidade de se debruçar sobre tema semelhante: antes da LC 135/2010, que alterou a inelegibilidade-sanção do art. 22, XIV, o prazo legalmente previsto era de 3 (três) anos. O TSE, no RO 52812 (Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJE de 6/8/2015), decidiu que, havendo condenação por abuso de poder político ou econômico em AIJE no regime anterior (*i.e.*, a três anos de inelegibilidade), seria possível reconhecer a inelegibilidade do art. 1º, I, *d*, mesmo após o transcurso desse período. Veja-se:

2. A condenação do pretense candidato por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, em sua redação primeva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990, ainda que já tenha ocorrido o transcurso do prazo de 3 (três) anos de imposto no título condenatório.

3. O art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990 encerra causa de inelegibilidade como efeito secundário da condenação por abuso de poder econômico e político, a teor do art. 22, XIV, do aludido Estatuto das Inelegibilidades, e não sanção imposta no título judicial, circunstância que autoriza a ampliação do prazo de 3 para 8 anos constante da Lei Complementar nº 135/2010.

(...) o fato de o Recorrente ter sido condenado – e já cumprido a pena – por abuso de poder econômico e político em sede de AIJE, nos termos do art. 22, XIV – não interdita a análise ulterior de sua inelegibilidade pela Justiça Eleitoral, desta vez, à luz das hipóteses constantes das alíneas *d* e *h* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990.

² *Idem*, p.233.

A semelhança do caso supra com o presente ocorre porque, de fato, não pesa contra o impugnado, hoje, qualquer condenação que lhe tenha imposto a sanção de inelegibilidade. Seria parecido se ele tivesse sido condenado à pena de três anos, mas lei posterior estabelecesse a inelegibilidade do art. 1º, I, *d* – como que ocorreu com os candidatos condenados em 2008, antes do advento da LC 135/2010.

Forçoso seria concluir que não importaria se o candidato foi ou não alcançado por tal sanção em 2012, já que as inelegibilidades do art. 1º e do art. 22 seriam distintas e a inexistência da segunda não afastaria a incidência da primeira.

Por outro lado, não se pode olvidar que o próprio TSE já reconheceu ao impugnado, por meio de ação autônoma (Ação Cautelar 69812/RJ) o direito a concorrer nas eleições de 2014, depois de o mesmo TSE ter afastado a sanção. Como se vê, a decisão monocrática (que transitou em julgado, após o agravo regimental e os embargos de declaração) é de setembro de 2014, enquanto a ação cautelar é de outubro do mesmo ano.

Quando é reconhecida a inelegibilidade na decisão condenatória referida no art. 22, XIV, esta somente produz efeitos na esfera jurídica do condenado se este formalizar registro de candidatura no futuro. Se não for protocolado o requerimento de registro, a inelegibilidade permanece latente e não surtirá efeitos na esfera jurídica do cidadão.

Tanto na hipótese do art. 1º, I, *d*, quanto na condenação por abuso de poder econômico ou político do art. 22, XIV, a inelegibilidade permanece latente, dependendo de futura formalização do registro de candidatura. Sem isso, não se cogita de produção de efeitos imediatos da inelegibilidade, para fins eleitorais, ainda que haja da decisão judicial.

Agora, se a decisão final, transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, reconhece a prática de abuso de poder econômico, mas não comina a inelegibilidade no título judicial, a questão é saber se o condenado pela prática abusiva ainda assim permanece inelegível para os fins do art. 1º, I, *d* ou se ele manteria seu *status* de elegibilidade.

Enfrentando especificamente essa questão, Carlos Eduardo Frazão entende que, “a ausência de menção [à inelegibilidade] no título condenatório não elide a inelegibilidade, a qual seria reconhecida pela incidência do art. 1º, inciso I, alínea *d*, da LC nº 64/1990”³.

No entanto, no caso concreto, não houve uma “ausência de condenação” à sanção de inelegibilidade. O que ocorreu, *explicitamente*, foi um afastamento dessa sanção (anteriormente imposta pelo TRE-RJ) pelo TSE, que reforçou tal entendimento na ação cautelar de 2014. Em simples palavras, o TSE não quis alijar o candidato de futuras disputas eleitorais.

Uma interpretação literal da LC nº 64/1990 levaria a uma incompatibilidade sistêmica, pela qual o cidadão teria afastada a inelegibilidade como sanção, mas teria contra si a mesma inelegibilidade, oriunda do mesmo processo judicial (e do mesmo fato), agora na forma de “efeito da condenação”.

³ In: *Pontos controvertidos sobre a lei da ficha limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p.85.

Deve-se buscar a mais adequada interpretação jurídica que nos livre da incongruência sistêmica na aplicação da lei. Relembrando HANS KELSEN e os sentidos da interpretação jurídica, sabemos que os diversos sentidos que uma norma pode assumir constituem a “moldura” na qual o aplicador pode realizar seu ato decisório de escolha para concretizar a norma. Nas palavras de HERKENHOFF:

Interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas. É indagar a vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência. É expressar seu sentido recorrendo a signos diferentes dos usados na formulação original⁴.

Tanto o art. 22, XIV quanto o art. 1º, I, *d* são o frutos da mesma LC nº 135/2010, motivo pelo qual o critério cronológico não pode nos socorrer para eliminar eventuais antinomias.

Assim, cumpre aplicar a *interpretação sistemática*, baseada na unidade do Ordenamento Jurídico, para enquadrar a norma em um contexto geral que estabelece relação com as instituições e as demais normas jurídicas.

O argumento sistemático parte da hipótese de que o direito é ordenado, e que suas diversas normas formam um sistema cujos elementos podem ser interpretados de acordo com o contexto em que são inseridos⁵.

Nesse sentido, por meio de interpretação sistemática, deve-se concluir que aquela inelegibilidade do art. 1º, I, *d* é referência direta à do art. 22, XIV. Por tal motivo, afastada a sanção, o candidato não ostentará a condição negativa que lhe tiraria o gozo do *ius honorum*.

Ante o exposto, opina o Ministério Público pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação ao RRC do Sr. Marcelo Jandre Delaroli, devendo o processo de RRC prosseguir quanto à análise documental pertinente.

DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO POSTULANTE

Ab initio, cumpre firmar a *observância parcial* pela coligação “Pra Viver Melhor” e pelo pré-candidato requerente dos requisitos legais previstos nos artigos 6º e

⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 3ª ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 199, extraído de: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12596&revista_caderno=9

⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, extraído de http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12596&revista_caderno=9

seguintes da Lei 9.504/1997, bem como às exigências atinentes ao procedimento de formalização do RRC previstas nos artigos 26 e 27 da Resolução TSE nº 23.455/2015.

Com efeito, foram cumpridos os seguintes requisitos:

(I) o RRC, contendo o pedido de habilitação do candidato, foi apresentado tempestivamente, ou seja, até às 19 horas do dia 15 de agosto, portanto no prazo previsto no artigo 11 *caput* da Lei 9.504/1997, e art. 21, *caput* da Resolução TSE nº 23.455/2015;

(II) o formulário do RRC em análise integra pedido coletivo de registro dos candidatos da coligação, vinculado ao DRAP da mesma. O aludido DRAP onde consta o pedido coletivo de registro de candidaturas individuais foi devidamente subscrito pelo legitimado, *in casu* o representante do partido, nos termos do artigo 23, I e II da Resolução TSE nº 23.455/2015;

(III) apresentação das propostas de governo defendidas, exigência que se impõe, por força do disposto no artigo 27, V da precitada Resolução, uma vez que o interessado concorre ao cargo de prefeito, foi efetivamente observada, conforme fls. 13/93.

Todavia, o formulário do RRC, embora preenchido corretamente, dele constando todas as informações necessárias, não foi acompanhado de todos os documentos previstos nos artigos 26 e 27⁶ da Resolução TSE 23.455/2015, e no artigo 11, §1º da Lei 9.504/1997.

⁶ Art. 26. O formulário RRC conterá as seguintes informações:

I – autorização do candidato (Código Eleitoral, art. 94, §1º, inciso II; e Lei nº 9.504/1997, art. 11, § 1º, inciso II);
II – endereço completo, endereço eletrônico, telefones e telefone de fac-símile nos quais o candidato poderá eventualmente receber intimações, notificações e comunicados da Justiça Eleitoral;

III – dados pessoais: título de eleitor, nome completo, data de nascimento, unidade da Federação e município de nascimento, nacionalidade, sexo, cor ou raça, estado civil, ocupação, número da carteira de identidade com o órgão expedidor e a unidade da Federação, número de registro no Cadastro de Pessoa Física (CPF), endereço completo e números de telefone;

IV – dados do candidato: partido político, cargo pleiteado, número do candidato, nome para constar da urna eletrônica, se é candidato à reeleição, qual cargo eletivo ocupa e a quais eleições já concorreu.

Parágrafo único. O RRC ou RRCI, assim como a declaração de bens do candidato de que trata o inciso I do art. 27, pode ser subscrito por procurador constituído por instrumento particular, com poder específico para o ato (Acórdão no REspe nº 2765-24.2014.6.26.0000).

Art. 27. O formulário de RRC será apresentado com os seguintes documentos:

I – declaração atual de bens, preenchida no Sistema CANDex e assinada pelo candidato (Lei nº 9.504/1997, art. 11, § 1º, inciso IV);

II – certidões criminais fornecidas (Lei nº 9.504/1997, art. 11, §1º, inciso VII):

a) pela Justiça Federal de 1º e 2º graus da circunscrição na qual o candidato tenha o seu domicílio eleitoral;

b) pela Justiça Estadual de 1º e 2º graus da circunscrição na qual o candidato tenha o seu domicílio eleitoral;

c) pelos Tribunais competentes, quando os candidatos gozarem de foro especial.

III – fotografia recente do candidato, inclusive dos candidatos a vice-prefeito, obrigatoriamente em formato digital e anexada ao CANDex, preferencialmente em preto e branco, observado o seguinte (Lei nº 9.504/1997, art. 11, §1º, inciso VIII):

a) dimensões: 161 x 225 pixels (L x A), sem moldura;

b) profundidade de cor: 8bpp em escala de cinza;

c) cor de fundo: uniforme, preferencialmente branca;

Com efeito, não foram acostados ao RRC a certidão do distribuidor da justiça eleitoral, o comprovante de quitação eleitoral, a comprovação do domicílio eleitoral e da filiação partidária.

Quanto à comprovação de tais requisitos, em que pese a literalidade do artigo 11, §1º VII, da Lei 9.504/1997, a Resolução TSE nº 23.455/2015 preceitua em seu artigo 27, §1º o seguinte:

Artigo 27 §1º Os requisitos legais referentes à filiação partidária, domicílio e quitação eleitoral e à inexistência de crimes eleitorais serão aferidos com base nas informações constantes dos bancos de dados da Justiça Eleitoral, sendo dispensada a apresentação de documentos comprobatórios pelos requerentes (Lei nº 9.504/1997, art. 11, §1º, incisos III, V, VI e VII).

Desta feita, quando não apresentados os documentos arrolados no artigo 27, §1º da Resolução 23.455/2015, entende o E. TSE que a prova quanto à filiação partidária, domicílio, quitação eleitoral e à inexistência de crimes eleitorais deve ser efetuada pela serventia eleitoral responsável pelo processamento do pedido de registro.

No relatório processual à fl. 272, consta informação, extraída do cadastro eleitoral pela serventia da 55ª ZE, no sentido de que o interessado não possui condenação por crimes eleitorais, que se encontra quite perante a justiça eleitoral, que é filiado ao DEM desde 18.03.2016, e que possui domicílio eleitoral em Maricá desde 18.04.1996, pelo que igualmente observados os requisitos de elegibilidade previstos nos artigos 11, §1º, V, c/c artigo 9º da Lei nº 9.504/1997.

Comprovou, ainda, a condição de elegibilidade específica ao cargo de prefeito, atinente à exigência da idade mínima de 21 anos completos até a data da posse, para que haja o deferimento da candidatura, prevista no artigo 14, §3º, VI, c da CRF/88, c/c artigo 11, §2º da Resolução TSE 23.455/2015.

No que pertine ao nome de urna que o interessado pretende adotar, qual seja "MARCELO DELAROLI", entende esta promotória que não há óbice legal nesse sentido, coadunando-se o nome com as disposições que regem a matéria, notadamente os artigos 30 a 33 da Resolução TSE 23.455/2015.

Por fim, salienta-se que compulsando os autos, bem como após a análise dos registros fornecidos por cadastros governamentais, Tribunais de Contas e Tribunais Superiores, não foi verificada, até o presente momento, em face do interessado, a

d) características: frontal (busto), trajas adequados para fotografia oficial e sem adornos, especialmente aqueles que tenham conotação de propaganda eleitoral ou que induzam ou dificultem o reconhecimento pelo eleitor.
IV – comprovante de escolaridade;
V – prova de desincompatibilização, quando for o caso;
VI – propostas defendidas pelos candidatos a prefeito (Lei nº 9.504/1997, art. 11, §1º, inciso IX); e
VII – cópia de documento oficial de identificação.

ocorrência de nenhuma das causas de inelegibilidade, previstas na Constituição Federal, e na Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135 (“Lei da Ficha Limpa”).

Diante do exposto, estando o feito em ordem e comprovado o cumprimento das condições de registrabilidade/elegibilidade, bem como a ausência das causas de inelegibilidade previstas na Constituição e na Lei Complementar 64/1990, opino pelo *deferimento* do RRC do Sr. *Marcelo Jandre Delaroli*, apresentado pela Coligação “*Pra Viver Melhor*”, declarando-se o mesmo habilitado a participar das próximas eleições majoritárias.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, requer o Ministério Público:

I) SEJA JULGADA IMPROCEDENTE a impugnação ao RRC do Sr. Marcelo Jandre Delaroli, nos termos do item I desta manifestação, afastando-se, também, o reconhecimento da prática de conduta do art. 25 da LC nº 64/90;

II) DEFERIMENTO do RRC do Sr. Marcelo Jandre Delaroli, apresentado pela coligação “*Pra Viver melhor*”, declarando-se o mesmo habilitado a participar das próximas eleições majoritárias., nos termos das razões expostas.

Maricá, 2 de setembro de 2016.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça Eleitoral

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Multa pessoal aplicada ao agente público fundada no artigo 77, §2º, do CPC, recalcitrância no descumprimento do provimento judicial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Processo nº 0021110-60.2017.8.19.0000

Relatora: Des. Helda Lima Meireles.

Agravante: Estado do Rio de Janeiro.

Agravados: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Município de Itaguaí.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. A presente causa deverá ser processada e julgada pelo juízo cível da Comarca de Itaguaí com competência para a matéria fazendária. Matéria que pode ser arguida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Competência absoluta. Rol taxativo do artigo 1015 do CPC que prevê as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Multa pessoal aplicada ao agente público fundada no artigo 77 §2º do CPC – recalcitrância no descumprimento do provimento judicial. Possibilidade de aplicação cumulada das multas previstas nos termos do §4º do art. 77 com a prevista no art. 536, §1º, ambos do CPC. Natureza distinta das multas. Multa fixada dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Parecer pelo não conhecimento do recurso no que tange à modificação da decisão que aplicou multa pessoal ao Governador do Estado e Secretário Estadual de Saúde e, caso conhecido, pelo seu desprovimento. No que tange à arguição de incompetência absoluta, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

Colenda Câmara,

BREVE RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaguaí que, nos autos da Ação Civil Pública (processo nº 0005518-06.2014.8.19.0024) ajuizada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, diante do descumprimento da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, determinou o pagamento de multa pessoal pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Secretário Estadual de Saúde, no montante diário de cinco mil reais, limitada a novecentos mil reais, enquanto perdurar a desobediência à determinação judicial, bem como multa pessoal única no total de quatrocentos mil reais, para cada um, com fulcro no artigo 77, IV, §2º do CPC.

Em síntese, alega o agravante às fls. 02/18 (doc. eletrônico 000002): (i) a ilegalidade na aplicação de multa diária e pessoal com base no artigo 77, §2º do Código de Processo Civil, sob o argumento de que, diferentemente das *astreintes*, aquela multa é punitiva, devendo ser imposta àqueles que efetivamente criam obstáculos à justa e efetiva entrega da tutela jurisdicional, não funcionando como meio de coerção para o cumprimento de decisões judiciais; (ii) a incompetência do Juízo da 1ª Vara Cível de Itaguaí para julgar a ação civil pública; (iii) que a decisão atacada consiste em indevida intromissão do Poder Judiciário no Poder Executivo e (iv) que o valor das *astreintes* imposta na decisão agravada é excessivo. Por fim, pleiteou a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Despacho de fls. 24/26 (doc. eletrônico 000024), em que a Des. Relatora indeferiu o efeito suspensivo ao recurso.

Contrarrazões ofertadas pela Defensoria Pública às fls. 36/37 (doc. eletrônico 000036), aduzindo que a decisão é tecnicamente correta e moralmente adequada, considerando a natureza do direito posto em juízo.

Agravo interno interposto pelo Estado do Rio de Janeiro às fls. 48/52 (doc. eletrônico 000048), pleiteando a reforma da decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal (doc. eletrônico 000024).

Contrarrazões ofertadas pelo Ministério Público às fls. 61/68 (doc. eletrônico 000061), sustentando, em síntese que: (i) a lei não deixa sombra de dúvida quanto ao cabimento da aplicação da multa diária; (ii) a presente causa deverá ser processada e julgada pelo juízo cível da Comarca de Itaguaí com competência para a matéria fazendária; (iii) a separação de poderes não pode servir como escudo protetor da Administração Pública para se descuidar de seus deveres constitucionais nem para impedir o Judiciário de exercer sua missão constitucional, qual seja, a tutela de direitos fundamentais e (iv) as obrigações impostas ao ente público são medidas simples e de execução perfeitamente possível dentro dos prazos concedidos pelo juízo.

Certidão de fl. 70 (doc. eletrônico 000070), atestando que, apesar de devidamente intimado, o Município de Itaguaí não se manifestou em contrarrazões.

Nesse estado, foram os autos remetidos a esta Procuradoria de Justiça para manifestação.

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso de agravo de instrumento, apesar de ser tempestivo, com relação à reforma da decisão que aplicou a multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário de Saúde, não é cabível, uma vez que a matéria ora combatida no agravo em epígrafe não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1015 do CPC, senão vejamos.

Dispõe o artigo 1015 do CPC:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Desta feita, o presente agravo, nesse ponto, não deve ser conhecido, uma vez que o rol supramencionado é taxativo.

Nesse sentido nos ensina Didier:¹

¹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13ª ed. reform. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 3 p.208/209.

O elenco do art. 1.015 do CPC é taxativo. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal.

Somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento – não cabe, por exemplo, convenção processual, lastreada no art. 190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável.

No sistema brasileiro, não é possível que as partes criem recurso não previsto em lei nem ampliem as hipóteses recursais. Não há, enfim, recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial.

Assim, apenas a lei pode criar recursos, de maneira que somente são recorríveis as decisões que integrem um rol taxativo previsto em lei. É o que se chama taxatividade.

Isto posto, não deve ser o presente recurso conhecido no que pertine ao pedido de reforma da decisão que aplicou a multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário de Saúde por ser absolutamente inadmissível. Deve, entretanto, no que concerne à arguição de incompetência absoluta do juízo, o recurso ser conhecido, conforme melhor explanado a seguir.

A análise da admissibilidade do agravo interno, por sua vez, depende de exame prévio acerca da admissibilidade do recurso de agravo de instrumento interposto.

Caso seja o agravo de instrumento conhecido no que tange ao pedido de reforma da decisão que aplicou a multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário de Saúde, deverá o agravo interno ser conhecido, uma vez que interposto tempestivamente e presentes os demais requisitos necessários à sua admissibilidade.

Entretanto, caso não seja conhecido o agravo de instrumento nos termos supramencionados e, tendo em vista que a matéria impugnada no agravo interno trata exatamente de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o que prejudicará o recurso de agravo interno, não devendo este, portanto, ser conhecido.

SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face do

Estado do Rio de Janeiro e do Município de Itaguaí, onde restou deferida liminar, determinando: a) a disponibilização de 13 (treze) leitos de UTI para suprir a demanda da população de Itaguaí, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e; b) a implantação de Núcleo Interno de Regulação na unidade de saúde ou estabelecimento assistencial de saúde responsável por gerir os 13 (treze) leitos em questão, com funcionamento de 24 horas em todos os dias da semana, dotando-o de computador com configuração adequada e acesso à internet, de modo que tenha acesso ao sistema de regulação.

Diante do descumprimento da decisão antecipatória da tutela proferida, o MM. Juízo *a quo* determinou o pagamento de multa pessoal pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Secretário Estadual de Saúde, no montante diário de cinco mil reais, limitada a novecentos mil reais, enquanto perdurar a desobediência à determinação judicial, bem como multa pessoal única no total de quatrocentos mil reais, para cada um, com fulcro no artigo 77, IV, §2º do CPC. Tal decisão causou irrisignação do Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual interpôs o agravo de instrumento ora em análise.

Cumpra salientar que o Estado do Rio de Janeiro interpôs, também, recurso de agravo de instrumento (processo nº 0060933-46.2014.8.19.0000) em face da decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, tendo sido àquele, em decisão monocrática proferida pela Des. Relatora, negado seguimento. Tal decisão foi objeto de agravo inominado, ao qual foi negado provimento pelos Desembargadores componentes desta Colenda Terceira Câmara Cível. Em face deste acórdão, foi interposto recurso de embargos de declaração, ao qual também foi negado provimento.

Importante salientar, ainda, que o Estado do Rio de Janeiro interpôs, quanto à questão supramencionada, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, ainda não apreciados.

DO AGRAVO INTERNO

Diante da decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal (doc. eletrônico 000024), o Estado do Rio de Janeiro interpôs o recurso de agravo interno (doc. eletrônico 00048), aduzindo que: (i) em momento algum restou demonstrado qualquer tipo de desídia ou dolo por parte de qualquer agente estadual, sendo que o Estado está cumprindo a obrigação determinada; (ii) a imposição de multa pessoal, além de importar em uma penalidade injusta àqueles que jamais agiram com dolo ou má-fé, também em nada estaria a crescer ao feito, uma vez que não se destina a garantir a satisfação da obrigação judicial. Por fim, requereu a reforma da decisão ora mencionada a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão agravada até a decisão de mérito do recurso.

Sobre a possibilidade de antecipação da tutela recursal, dispõe o parágrafo único do artigo 995 e o inciso I do artigo 1019, ambos do CPC, *in verbis*:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. *A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.* (g.n.)

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. (g.n.)

No caso ora em epígrafe, não se vislumbra a existência de risco de dano grave ou de difícil reparação. Tampouco, denota-se a probabilidade de provimento do recurso, o que será melhor observado adiante, ao analisarmos o mérito do recurso de agravo de instrumento.

Desta feita, ante a inexistência dos requisitos autorizadores para a concessão da antecipação da tutela recursal, não deve ser provido o recurso de agravo interno interposto.

DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Da alegada incompetência do juízo

Aduz o Estado do Rio de Janeiro ser o Juízo da 2ª Vara Cível de Itaguaí (com competência fazendária) incompetente para a tramitação e julgamento da causa, devendo a presente demanda ser processada perante o foro da Comarca da Capital, por se tratar de ação civil pública que tem por objeto questões com repercussão regional ou estadual.

Cumpre-nos destacar que, apesar de não se tratar de matéria expressamente prevista no artigo 1015 do CPC, a competência poderá ser por essa via analisada por se tratar de competência absoluta, sendo possível, portanto, a sua alegação a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, nos termos dos artigos 62, 63 e 64 do Código de Processo Civil:

Art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.

Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

Nesse ponto, razão não assiste ao agravante.

Como bem salientou o MM. Juízo de 1º grau na decisão ora combatida:

Portanto, seja porque a discussão principal não aborda o necessário acesso pelas unidades de saúde de Itaguaí a outros sistemas de regulação municipais, considerando que o cerne da questão gira em torno da implantação / contratação de leitos na/ pela unidade geográfica de Itaguaí para atender à demanda local e do entorno, quer porque, ainda que assim não fosse, a alegação de que tal acesso atingiria a atividade de outros entes municipais não tem o condão de modificar a competência deste juízo para processar e julgar a demanda, notadamente se levada em consideração a Pactuação Programada e Integrada (PPI) que, segundo sustenta o Estado do Rio de Janeiro, já autoriza a regulação de vaga por um município em outro, forçoso constatar a fraqueza dos argumentos lançados pela defesa para ver deslocada a competência do Juízo. Dessa forma, tendo em vista que o *decisum* final a ser proferido neste feito não é suficiente para produzir efeitos que exorbitem a competência local, indefiro a preliminar de incompetência absoluta suscitada pelo segundo réu.

O artigo 2º da Lei nº 7347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade, dispõe que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Sobre o tema nos ensina o mestre Didier² que “a competência territorial para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano como funcional, exatamente para que não pare dúvida sobre a natureza de ordem pública dessa regra”. Acrescenta, ainda, que “Mais uma vez aparece a importância de aplicar-se o princípio da competência adequada, devendo prestigiar-se ao máximo o juízo de uma das comarcas envolvidas na situação. A regra geral para a definição da competência, muito embora não seja absoluta, prevê sempre o local do dano ou do ilícito como juízos preponderantes. Isso porque a definição do juízo tem direta

² DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Volume 4. 6ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 201, p. 141 e 146.

relação com a instrução probatória, com a sensibilidade do juízo para os fatos ocorridos próximos de si; a competência do local do dano/ilícito contribui, portanto, para a correção material da decisão”.

Nesse sentido, também, a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO CPC DE 1973. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR Nº 84 TJerJ. INVIABILIDADE. PREVENÇÃO. NO MÉRITO, A LITISPENDÊNCIA CONSTITUI PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO, CARACTERIZADO PELA EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO IDÊNTICA À OUTRA, ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE AINDA SE ENCONTRA EM CURSO. NA PRESENTE HIPÓTESE, A ARGUIÇÃO DE LITISPENDÊNCIA SUSTENTADA PELA RÉ DEVE SER AFASTADA. COMO CEDIÇO, PARA QUE OCORRA A LITISPENDÊNCIA É NECESSÁRIO QUE SEJAM AJUIZADAS AÇÕES IDÊNTICAS, COM EXATA COINCIDÊNCIA ENTRE AS PARTES, CAUSA DE PEDIR (PRÓXIMA E REMOTA) E PEDIDO, O QUE, EVIDENTEMENTE, NÃO OCORRE NO CASO EM Pauta. *DO MESMO MODO, NÃO MERECE GUARIDA A TESE DO RECORRENTE NO MOMENTO EM QUE ASSEVERA A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. TRATANDO-SE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DEVEM-SE OBSERVAR AS REGRAS ESPECÍFICAS ENTABULADAS NA LEI Nº 7.347/85. IN CASU, O ARTIGO 2º DA REFERIDA LEI DETERMINA QUE AS AÇÕES SERÃO PROPOSTAS NO FORO DO LOCAL ONDE OCORRER O DANO, CUJO JUÍZO TERÁ COMPETÊNCIA FUNCIONAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA. NO CASO DOS AUTOS, INEXISTE A REGIONALIDADE APONTADA PELO RECORRENTE A INTERFERIR NA MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL COM BASE NO INCISO II DO ART. 93 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POR CONTA DE TAIS FUNDAMENTOS, CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.* (Agravado de Instrumento nº 0043090-34.2015.8.19.0000 – Des. Relator: Antonio Carlos dos Santos Bitencourt – 27ª Câmara Cível Consumidor – Data do julgamento: 22/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE OBRAS DE CONTENÇÃO E REALOCAÇÃO DE MORADORES DAS ÁREAS DE RISCO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO ALTO. CATÁSTROFE NATURAL AGRAVADA PELA AÇÃO HUMANA E OMISSÃO ESTATAL. CHUVAS QUE ATINGIRAM A REGIÃO SERRANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CAUSA REGIONAL. DANO AMBIENTAL LOCAL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 2º COMPETÊNCIA DO JUÍZO LOCAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. *Embora a tragédia tenha atingido a Região Serrana do Estado, os danos se circunscrevem aos*

limites territoriais de cada município, razão pela qual compete ao juízo local a análise e julgamento das questões atinentes à execução de obras emergenciais a serem realizadas, exclusivamente, nos limites do Município. A alegação de que a concentração possibilita uma visão ampla da administração, permitindo decisões efetivas de controle e gestão fiscal, além de não encontrar fundamento legal, falece diante da primazia da efetividade da prestação judicial a fim de pôr a salvo os moradores da localidade. Conhecimento e desprovemento do recurso. (Agravo de Instrumento nº 0074769-52.2015.8.19.0000 – Des. Relator: Rogério de Oliveira Souza – 22ª Câmara Cível – Data de julgamento: 02/02/2016). [g.n.]

Assim, resta clara a competência absoluta do juízo da 2ª Vara da Comarca de Itaguaí (com competência fazendária) para o processamento e julgamento do feito.

- Do Mérito do Agravo de Instrumento

Caso seja conhecido, o recurso, no que tange ao mérito propriamente dito, ou seja, ao pedido de reforma da decisão no que diz respeito à aplicação de multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário de Saúde, assiste parcial razão ao agravante.

O MM. Juízo de 1º grau entendeu ser necessária, para assegurar a eficácia prática dos meios executivos, a fixação de multa (astreintes) a ser cobrada do agente público responsável pelo cumprimento da medida. De igual forma, aduziu ser necessária a aplicação de multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário de Saúde, nos termos do artigo 77, §1º do CPC, em razão da inobservância do dever de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” (redação do inciso IV, do artigo 77, do CPC).

Sobre a possibilidade de cumulação das duas multas supramencionadas, esclarece o MM. Juízo *a quo*, na decisão ora atacada (doc. eletrônico 000001 do Anexo 1), que tais multas “possuem destinações diversas (no caso da multa cominatória, é a parte contrária beneficiária do respectivo montante; já a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, o destinatário, *in casu*, é o Estado do Rio de Janeiro) e pressupostos distintos (no primeiro, garantir o cumprimento de uma obrigação de fazer; no segundo, penalizar o descumprimento de provimento mandamental e a criação de embaraços à efetividade do provimento antecipatório). A duas, porque, a um só tempo, a mesma situação jurídica preencheu ambos os pressupostos, a permitir a cumulação das duas multas”.

Não há dúvidas acerca da possibilidade e necessidade de fixação de multa coercitiva (astreinte) em razão do descumprimento da obrigação determinada em juízo, nos termos dos artigos 536 e 537 do CPC, abaixo transcritos:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Leciona Cássio Scarpinella Bueno³ que “é de especial peculiaridade decorrente da natureza jurídica da multa do art. 461 que deriva o entendimento de que não há qualquer óbice para que as pessoas físicas, que tenham, por força de lei, de estatutos ou contratos sociais, representação (material e processual) de pessoas jurídicas (de direito privado ou de direito público), venham a ser responsabilizadas pessoalmente pelo pagamento da multa, sem prejuízo, evidentemente, de eventual penação das próprias pessoas jurídicas. A razão para este entendimento, não obstante sua polêmica em sede doutrinária e jurisprudencial, é a seguinte: as pessoas jurídicas só têm vontade na exata medida em que as pessoas físicas que as representem a manifestem. Se a multa é mecanismo que visa a influenciar decisivamente esta vontade (que, por definição, só pode ser humana), não há como afastar sua incidência direta e pessoal sobre os representantes das pessoas jurídicas, sejam elas privadas ou públicas”.

Ainda sobre o tema, nos adverte Didier⁴ que “de qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada”.

A multa pessoal fundada no artigo 77 §2º do CPC, por sua vez, tem natureza punitiva, sendo possível a sua aplicação ao agente público em caso de recalcitrância no descumprimento da obrigação de fazer, sendo, dessa forma, aplicada em razão de conduta contrária aos princípios da lealdade processual, probidade e boa-fé, que devem gerir a relação entre as partes no curso do processo.

³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.419.

⁴ Didier Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol.5.p.627.

Sobre o tema nos ensina Luiz Guilherme Marinoni⁵ que: “Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizado por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão judicial”.

Nesse sentido, citamos a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, bem como do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECALCITRÂNCIA NO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. MULTA SANCIONATÓRIA. ART. 14, V, E § ÚN., DO CPC. POSSIBILIDADE DE ATINGIMENTO DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE ATINGIMENTO DE AGENTE PÚBLICO PRESENTANTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER.

I. Se resta configurada recalcitrância no cumprimento de decisão judicial, é possível a aplicação de multa sancionatória, na forma do art. 14, V, e § ún., do CPC, mesmo que em desfavor da Fazenda Pública.

II. *A extensa amplitude subjetiva de tal multa sancionatória, justificada por seu caráter peculiar, pode abarcar o próprio agente público presentante da entidade pública pertinente, na qualidade de indivíduo que, de alguma forma, participa do processo.*

III. Como, nessa hipótese, a obrigação no sentido de pagar multa cominatória é imposta àquele agente público, transparece a ausência de interesse em recorrer por parte daquela entidade pública, pois a sanção ora atacada atinge seu alvo subjetivo de modo personalíssimo. (TRF2 – AG AG 201202010015150 RJ 2012.02.01.001515-0 – Des. Relatora: Vera Lucia Lima – Oitava Turma Especializada – Data da Publicação: 01/08/2012) [g.n.]

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ASTREINTES EM DESFAVOR DE AUTORIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo ESTADO DE PERNAMBUCO, com fundamento na alínea *a* do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER À FAZENDA PÚBLICA. COMINAÇÃO DE ASTREINTES INCLUSIVE CONTRA SERVIDOR. POSSIBILIDADE.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 475-476).

ATRASO INJUSTIFICADO NO CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR.

1. Agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DE PERNAMBUCO contra decisão do Juízo da 21ª Vara Federal de Pernambuco, que, nos autos do Processo nº 0806246-41.2014.4.05.8300, determinou a aplicação da *multa pessoal* de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa ao Secretário de Saúde de Pernambuco e o cumprimento da decisão judicial em 5 (cinco) dias, sob pena de representação ao Ministério Público para fins criminais e de improbidade administrativa.

2. O STJ também já se manifestou no sentido de que “a cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).” (STJ. Segunda Turma. AgRg no AREsp 472750/RJ. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julg. 03/06/2014. Publ. DJe 09/06/2014)

3. Na hipótese dos autos, consoante destacado na decisão de indeferimento da liminar, “o ora agravante foi intimado diversas vezes para se manifestar sobre os motivos da demora do fornecimento do material e da cirurgia à parte autora, uma vez que o deferimento da antecipação da tutela ocorreu em 31 de julho de 2014. Contudo, manteve-se inerte, conforme certidão de identificador nº 772807, 789554, apesar das determinações de multa. Portanto, não há que se falar em prazo exíguo concedido pelo magistrado para o cumprimento da determinação.” A aplicação da multa, portanto, não se mostra medida desarrazoada.

4. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental julgado prejudicado.

2. Nas razões do Apelo Nobre, sustenta o recorrente ter havido violação ao art. 14, *caput* e parág. único do CPC/1973. Afirma que não se pode aplicar multa de caráter punitivo a uma pessoa que não integra a relação processual, sendo ilegal a determinação de astreintes em desfavor de Autoridade Pública.

3. É o relatório. Decido.

4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a imposição de multa diária que possa recair sobre autoridade coatora quando as circunstâncias o justifiquem.* No presente caso, a respeito das razões que levaram à conclusão a que chegou o Tribunal *a quo*, colhe-se do acórdão recorrido:

Na hipótese dos autos, consoante destacado na decisão de indeferimento da liminar, “o ora agravante foi intimado diversas vezes para se manifestar sobre os motivos da demora do fornecimento do material e da cirurgia à parte autora, uma vez que o deferimento da antecipação da tutela ocorreu em 31 de julho de 2014. Contudo, manteve-se inerte, conforme certidão de identificador nº 772807, 789554, apesar das determinações de multa. Portanto, não há que se falar em prazo exíguo concedido pelo magistrado para o cumprimento da determinação.” A aplicação da multa, portanto, não se mostra medida desarrazoada. (fls. 178 e-STJ).

5. *Assim, considerando-se que o Ente Federativo manifesta sua vontade por meio de autoridade pública, é possível a atribuição de multa que objetive assegurar o cumprimento de decisão judicial pelo administrador público responsável.* Corroboram tal entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento à decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. *Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).*

4. *Como refere a doutrina, “a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas, sim, em nome próprio”* (VARGAS, Jorge de Oliveira. *As consequências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se *“a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.662).

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.399.842/ES, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 3.2.2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, “a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDÊNCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços à efetivação do provimento judicial”.

3. A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009)

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 9.6.2014)

7. Diante do exposto, nega-se provimento do Recurso Especial.

8. Publique-se. Intimações necessárias. (REsp 1563797 – PE (2015/0271047-2) – Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho – Data de Publicação: 26/05/2017)

Tal penalidade é passível de ser imposta a todas as partes e intervenientes em casos de descumprimento de determinações judiciais, sendo ela disciplinada, repita-se, no artigo 77 do Código Processo Civil vigente, bem como o era no artigo 14, seu correspondente no Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º *A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. (g.n.)*

Art. 14 do CPC/73: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único: Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. [g.n.]

Cumpre-nos consignar que, em 25/04/2016, houve determinação da intimação prévia do prefeito do Município de Itaguaí, do Governador do Estado e dos Secretários Municipal e Estadual de Saúde, “certificando-se de que a perpetuação da desobediência ao determinado judicialmente em sede de tutela antecipada implicará a extração imediata de cópias para o Ministério Público com atribuição em improbidade administrativa”.

Importante ainda salientar que a demanda originária foi distribuída em 22/05/2014, sendo que a decisão antecipatória de tutela foi, inicialmente, proferida em 02/07/2014, conforme consulta ao *site* do TJRJ.

Assim, considerando o longo decurso de tempo desde a prolação da decisão antecipatória de tutela sem que as autoridades responsáveis adotassem qualquer

providência objetivando o cumprimento das obrigações fixadas, de forma acertada atuou o magistrado de 1º grau ao impor multa pessoal ao Governador do Estado e ao Secretário Estadual de Saúde, em cumprimento ao seu poder geral de cautela, bem como ao poder de polícia de que é incumbido.

Ademais, não é passível de dúvida que a multa punitiva com fulcro no §4º do art. 77 do CPC, aplicável em razão de ato atentatório contra a dignidade da justiça, não guarda qualquer relação com a incidência da multa coercitiva prevista no art. 536, §1º do mesmo Diploma Legal. Logo, podem ser cumuladas, vez que possuem natureza claramente distinta, conforme a literalidade do citado §4º do artigo 77 do CPC:

§4º. A multa estabelecida no §2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, §1º, e 536, §1º.

Nesses moldes, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, com base no antigo Código de Processo Civil, já teve oportunidade de se pronunciar sobre a distinção das multas previstas nos artigos 14 e 461 do CPC/73, conforme abaixo transcrito:

A multa processual prevista no *caput* do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, §4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial (RESP 770753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/2/2007, DJ 15/3/2007 p.267)

Importante ainda mencionar que, nos termos do artigo 139, *caput* e inciso IV, do CPC, o juiz deve dirigir o processo, conforme as disposições do referido Diploma Legal, incumbindo-lhe “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”.

Dispõe ainda, mais especificamente sobre a tutela provisória, o artigo 297 do CPC:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Desta feita, conforme nos ensina Didier⁶, a efetivação da tutela provisória cautelar pode ser promovida com emprego de qualquer medida adequada para asseguuração do direito, uma vez que se extrai da leitura conjugada dos artigos 297 e 301 do CPC “que eles concedem ao julgador um poder geral de cautela e de efetivação, com a adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acatamento adiantados”.

Outrossim, nenhum reparo há de ser feito, ainda, quanto ao *quantum* e ao prazo estabelecido para pagamento da referida multa, eis que razoáveis e proporcionais ao caso concreto. Sobre o tema, seguem os seguintes exemplos jurisprudenciais, *in verbis*:

Agravo de Instrumento. R. Decisão deferindo tutela antecipada em sede de ação de obrigação de Fazer e determinando que o Réu forneça à Autora, no prazo de 48 horas, a medicação apontada na inicial e fixando multa diária para o caso de seu descumprimento. I – Não obstante a importância do bem jurídico tutelado, ou seja, a saúde do Autor, resta evidente a desproporção das *astreintes* fixadas pelo I. Magistrado. II – Objetivo da cominação da multa é compelir o cumprimento da obrigação, devendo, entretanto, serem observadas as regras que impedem o enriquecimento sem causa. Necessária se faz a adequação da multa diária fixada ao determinado pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Multa diária cominada que se reduz. III – *Sanção imposta contra a pessoa do Chefe do Poder Executivo Municipal. Exegese do artigo 14, parágrafo único do Estatuto Processual Civil. IV – Responsabilidade pessoal do Prefeito que surge diante da resistência do Município em cumprir a decisão judicial, caracterizando conduta omissiva, a constituir ato atentatório ao exercício de jurisdição.* Penalidade que fixada no limite máximo de 20% (vinte por cento) sobre valor da causa, deverá incidir de forma única. V – Entendimentos reiterados e sucessivos deste Colendo Sodalício, o que autoriza a aplicação do §1º–A do art. 557 do C.P.C. que se mostra possível, atendidos aos requisitos legais. Provimento Parcial. (Agravo de Instrumento nº 0009008-50.2010.8.19.0000 DES. Relator: REINALDO P. ALBERTO FILHO – QUARTA CÂMARA CÍVEL – Data do Julgamento: 01/03/2010) [g.n.]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTOS. DECISÃO RECORRIDA QUE DEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE EXAME DE COLONOSCOPIA, ALÉM DE FIXAÇÃO DE MULTA PESSOAL DE 20%

⁶ Didier Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. Vol.2.p.591.

SOBRE O VALOR DA CAUSA, NA FORMA DO ART. 14, V E § ÚNICO DO CPC. PLEITO RECURSAL TÃO SOMENTE QUANTO À ILEGALIDADE DA FIXAÇÃO DE MULTA A INCIDIR SOBRE O PATRIMÔNIO DO SEU REPRESENTANTE. MANUTENÇÃO DE DECISÃO. – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 6 DO AVISO Nº 51/2006 DO ENCONTRO DE JUÍZES DE FAZENDA PÚBLICA DESTE ESTADO. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. 1. Decisão agravada que concedeu antecipação de tutela, determinando que a parte ré providencie, em 05 (cinco dias) a realização do exame de colonoscopia, além de fixação de multa pessoal de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa, a incidir sobre o patrimônio pessoal do Sr. Presidente da Fundação Municipal de Saúde e do Sr. Prefeito. 2. Pleito recursal tão somente quanto à ilegalidade da fixação de multa a incidir sobre o patrimônio do seu representante. 3. Manutenção da decisão que se impõe. 4. *No que tange à alegação recursal, não se pode olvidar que a multa única de 20% do valor da causa está fundada no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil e é passível de ser imposta a todas as partes e intervenientes em casos de descumprimento de determinações judiciais. Precedentes Jurisprudenciais.* 5. *Incidência do Enunciado nº 6 do Aviso nº 51/2006 do Encontro de Juizes de Fazenda Pública deste Estado, in verbis: Descumprida a ordem judicial de entrega de medicamentos serão ordenadas as seguintes providências: (a) busca e apreensão; (b) multa pessoal da autoridade responsável pelo cumprimento da obrigação, nos termos do art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil; (c) extração de peças para o Ministério Público, pelo crime, em tese, de prevaricação, sem prejuízo da apuração de possível prática de ato de improbidade administrativa.* 6. *É facultado ao juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela, impondo multa única e pessoal à Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis e do Sr. Prefeito para o caso de efetivo descumprimento da ordem judicial.* 7. Precedentes jurisprudenciais desta E. Câmara e do Tribunal. 8. Manutenção da decisão. Incidência do art. 557, *caput*, do CPC. 9. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0057797 – 12.2012.8.19.0000 DES. Relator: SIDNEY HARTUNG – QUARTA CÂMARA CÍVEL – Data do Julgamento: 22/10/2012) [g.n.]

Cumpra também consignar que, de forma alguma, merece prosperar a alegação da ausência de possibilidade de cumprimento da obrigação em razão do cenário de crise financeira que acomete o Estado do Rio de Janeiro.

De fato, é notório que o Estado do Rio de Janeiro enfrenta, nos tempos atuais, uma grave crise econômica. Entretanto, a escusa da reserva do possível não

pode ser aplicada ao caso concreto, uma vez que a presente demanda versa sobre a disponibilização, por parte dos entes públicos, de leitos de UTI, em pequeno número (total de treze). Logo, se trata da garantia de direito fundamental à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, e que, na realidade, representa quantia ínfima diante do orçamento do Estado.

Nesse sentido, a jurisprudência pacífica deste Eg. Tribunal:

APELAÇÕES CÍVEIS. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, DE ACORDO COM EXPRESSA PREVISÃO MÉDICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DIREITO FUNDAMENTAL À PRESERVAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. INCIDÊNCIA DO ART. 196, DA CRFB/88. DEVER DO ESTADO, *LATO SENSU*, DE GARANTIR ASSISTÊNCIA MÉDICA AOS CIDADÃOS NECESSITADOS. PODER PÚBLICO QUE NÃO PODE MOSTRAR-SE INDIFERENTE AO PROBLEMA DA SAÚDE DA POPULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO RESTRITA AO CUMPRIMENTO DE PRECEITOS INSCULPIDOS EM NOSSA CARTA MAGNA. *DESCABIDA ALEGAÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL, QUANDO SE BUSCA CONFERIR EFETIVIDADE AOS VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, ESPECIALMENTE NO TOCANTE AO DIREITO À VIDA E À SAÚDE, POSTULADOS MAIORES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.* CORRETA CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DEMANDADO NO PAGAMENTO DE TAXA JUDICIÁRIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 145 DO TJRJ. EXCLUSÃO, TODAVIA, DE TAL OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO AO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TRIBUTO APTO A REMUNERAR SERVIÇO PRESTADO PELO PRÓPRIO ENTE ESTATAL. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. REDUÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO MUNICÍPIO/RÉU, AO PATAMAR DE R\$ 440,00. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 182 DO TJRJ. PROVIMENTO AO RECURSO DO PRIMEIRO RÉU. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO SEGUNDO RÉU. (Apelação Cível nº 0001342-12.2015.8.19.0068 – Des. Relator: Mauro Pereira Martins – 13ª Câmara Cível – Data do julgamento: 07/06/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À SAÚDE. Verificada a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela antecipada, deve o pedido ser deferido. A presente demanda não se enquadra nas hipóteses abrangidas pelo Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que todos os medicamentos pleiteados na petição inicial são fornecidos pelo SUS. Agravado é portador de esquizofrenia residual, transtorno de pânico e

depressão, necessitando de clonazepam, fluoxetina 20 mg, akineton, fenitoína e risperidona, medicamentos que constam da lista do SUS. Dever constitucional do recorrente. Ausência de violação aos princípios constitucionais. Prestação integral. *O direito à saúde é amplo e visa a proteger a vida, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direito à saúde e à vida, atrelados à dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao princípio da reserva do possível.* Decisão não teratológica. Incidência do verbete nº 59, da Súmula do TJ/RJ. Precedentes do TJ/RJ. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO para possibilitar a substituição por medicamento similar ou genérico, desde que contenha o mesmo princípio ativo. (Agravado de Instrumento nº 0062683-15.2016.8.19.0000 – Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES – Sexta Câmara Cível – Julgamento: 19/07/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SAÚDE PÚBLICA – AUTOR VÍTIMA DE FRATURA DO TERÇO MÉDIO DA CLAVÍCULA ESQUERDA – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA CORREÇÃO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA APELOS DO ESTADO E DO MUNICÍPIO – DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E AO TRATAMENTO MÉDICO – DEVER DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS – ENUNCIADO 65 DO TJRJ – PONDERAÇÃO DE INTERESSES – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE PREVALECE SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL – IMPOSSIBILIDADE DE ESPERA EM FILA – ATENDIMENTO EMERGENCIAL – DEVER DO ESTADO DE ASSISTÊNCIA – CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO A PAGAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO CEJUR/DPGE – QUANTUM DEVIDAMENTE FIXADO – VERBETE SUMULAR Nº 182 DO TJRJ – SENTENÇA QUE SE MANTÉM – NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Apelação Cível/ Remessa Necessária nº 0022552-64.2015.8.19.0054 – Des. Relator: Marcelo Lima Buhatem – 22ª Câmara Cível – Data do julgamento: 04/07/2017)

De outro turno, a impossibilidade de o Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, conforme razões do Agravante, também não merece, *data venia*, guarida, pois, considerar insindicaável a omissão estatal seria o mesmo que esvaziar os princípios constitucionais que suportam os direitos e garantias fundamentais, retirando-lhes a efetividade.

De fato, na omissão do ente estatal para a solução da questão, a população conta somente com o Poder Judiciário para obrigar o Estado a cumprir com seu papel constitucional.

Vale citar a lição de M. Seabra Fagundes⁷ sobre a relevância do Judiciário na análise da atividade administrativa:

Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico.

Enfim, cabe ao Poder Judiciário verificar se houve omissão ou se a decisão político-administrativa atende à finalidade do ato administrativo sem que isso importe em ofensa ao princípio da discricionariedade inerente ao ato ou à separação dos poderes.

Assim, ao determinar que os comandos constitucionais e legais sejam observados pela Administração Pública, nada mais faz o Judiciário que observar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV da CR/88, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(*omissis*)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Neste sentido, aponta o trecho da ADPF nº 45 de lavra do E. Ministro Celso de Mello, *verbis*:

STF – ADPF nº 45 – Rel. Ministro Celso de Mello – Decisão Monocrática (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental,

⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1957, p. 129.

não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, *qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República*. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. *Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item nº 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. *Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.* (...) (ADPF 45-9 – Distrito Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P – 00012. Julgamento: 29/04/2004) (grifos postos)

Os direitos constitucionais à saúde, moradia e a um meio ambiente equilibrado reclamam a atuação estatal e, para respeitá-los minimamente, necessária a intervenção dos entes políticos na comunidade citada.

Portanto, não se verifica qualquer intervenção do Poder Judiciário na esfera da discricionariedade do ente público, não havendo pretensão de substituir o Poder Público na definição de escolhas técnicas.

O agravante requer, também, a redução do valor fixado a título de *astreinte*, pleito ao qual também não lhe assiste razão.

Sobre o assunto, nos ensinam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery que: “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação de forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o valor alto da multa fixada pelo juiz”⁸.

Importante consignar que a finalidade das *astreintes* é justamente dar efetividade à própria decisão judicial. Trata-se, pois, de uma medida coercitiva cuja destinação é pressionar a parte a cumprir a decisão, não tendo qualquer cunho de reparação dos prejuízos decorrentes do seu não atendimento.

⁸ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 772.

Assim, se reduzida a multa, como pleiteia o agravante, ficaria o mesmo numa situação muito confortável na medida em que não efetuou o que determinava a decisão prolatada.

Marinoni⁹ leciona que, para cumprir sua finalidade intimidatória, a multa não pode ser imposta em valor que não seja suficiente para convencer o réu a adimplir, porque dependendo do valor estabelecido, pode ser “conveniente ao réu suportá-la para, livremente, praticar o ato que se deseja ver inibido.”

Importante, também, salientar que a previsão do CPC que estipula as *astreintes* para compelir o devedor a cumprir alguma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, surge em nosso ordenamento como decorrência da busca pela efetividade das decisões judiciais, pela pronta prestação jurisdicional.

Nesse diapasão, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. ASTREINTES. *MULTA FIXADA EM PARÂMETROS RAZOÁVEIS. QUANTIA ELEVADA DAS ASTREINTES POR DESÍDIA DO DEVEDOR.*

REDUÇÃO DA QUANTIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A redução de valor de multa cominatória não é adequada quando alcança patamar elevado a partir da desídia do devedor em cumprir a obrigação fixada pelo Judiciário.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 993.052/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017) [g.n.]

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. *ASTREINTE. VALOR ELEVADO. PEDIDO DE REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM O NÃO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. INDEFERIMENTO.*

1. Para redução da multa diária fixada a fim de se cumprir obrigação de fazer ou de não fazer, é necessário que a elevação no montante não decorra simplesmente da resistência da parte em cumprir a ordem judicial.

2. A análise sobre o excesso da multa deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incide e com o grau de resistência do devedor. *Não*

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 2001.p.61.

se pode analisá-la na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, depois de cumprida a obrigação, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe um comportamento desarrazoado de uma das partes.

3. Recurso conhecido e improvido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.824 – MG (2009/0132710-2) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. JULG.21/09/2010. (grifos nossos)

Por fim, faz-se importante consignar que não se afigura possível a reforma da decisão guerreada, uma vez que não se tenha revelado teratológica ou contrária à lei ou à prova dos autos. E isso porque não cabe, em sede de agravo de instrumento, avaliar o mérito do processo principal, mas, sim, a adequação da decisão interlocutória recorrida, no caso comprovadamente cabível e necessário diante dos fatos narrados.

PRÉ-QUESTIONAMENTO

Por fim, com fundamento na doutrina da proteção integral, salienta o Ministério Público que deve ser mantida a decisão em tela, sob pena de violação dos artigos:

- 2º da Lei 7.347/85;
- 62, 63, 64, 77, 139, 297, 536, 537, 995, 1015 e 1019 do CPC;
- 5º, XXXV da CRFB/88.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, manifesta-se esta Procuradoria de justiça, em relação ao recurso de agravo interno, pelo conhecimento (caso o agravo de instrumento seja conhecido) e pelo desprovimento do mesmo; caso o agravo de instrumento não seja conhecido o mesmo não deverá ser conhecido, pois restará prejudicado.

No que se refere ao recurso de agravo de instrumento, pelo não conhecimento no que tange à modificação da decisão que aplicou multa pessoal ao Governador do Estado e Secretário Estadual de Saúde e, caso conhecido, pelo seu desprovimento. No que se refere à arguição de incompetência absoluta, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2017.

MARIA AMÉLIA BARRETTO PEIXOTO

Procuradora de Justiça



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 inseridos os órgãos públicos, as pessoas desempenham papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem a 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 para o seu engrandecimento.

Com o objetivo de resgatar um passado que se lança e se imiscui no presente, nossa *Revista* apresenta a seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*. Nela, serão publicadas diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, com o objetivo de 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.

O Príncipe do Júri Dr. Everardo Moreira Lima

Texto e entrevista:
Márcio Klang - Coordenador
Nataraj Trinta - Historiadora



[1946] *Formatura do Dr. Everardo Moreira Lima*

Dr. Everardo ingressou no Ministério Público do antigo Distrito Federal no concurso em 1951, disputando uma das 13 vagas. Tomou posse de suas atividades após nomeação pelo então Presidente Getúlio Vargas, político com o qual discordava na época do Estado Novo (1937-1945) quando ainda era um estudante do curso de Direito. Atuou nos primeiros anos como Defensor Público no I Tribunal do Júri e na 2ª Vara de Família. Mas foi como Promotor no II Tribunal do Júri que, através de causas de grande mobilização na imprensa, como o caso do assassinato de Jules Cateysson, protagonizou os primeiros momentos de destaque em nome do Ministério Público.



Foto dos concursados com as respectivas assinaturas no concurso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de 1950, com posse em 1951.

Dr. Everardo também acompanhou ativamente a transferência da capital federal do Rio de Janeiro para Brasília, a fundação do Estado da Guanabara em 1960, a fusão do Estado da Guanabara e do antigo Estado do Rio de Janeiro em 1975 e a preparação da Constituição Cidadã de 1988. Foi o primeiro Promotor Titular da 21ª Vara Criminal, o primeiro presidente da Associação do Ministério Público do novo Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), o primeiro membro do Ministério Público a receber o colar do Mérito Judiciário, o primeiro a ocupar a cadeira nº 7 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e o primeiro convidado de honra do projeto *Personalidades do MPRJ*. No dia 22 de agosto de 2017, o auditório da AMPERJ teve o prazer de conferir o episódio *O Príncipe do Júri*, cuja entrevista segue abaixo:

MK: Quem é Dr. Everardo Moreira Lima?

EML: Não é uma figura enigmática. Este cidadão que aqui está nasceu no estado da Bahia. Porque minha mãe, sendo ela carioca e

meu pai, alagoano, ele era engenheiro e ela era médica... Mas, muito jovens se casaram, e ele, no seu primeiro emprego, como engenheiro da União Federal, foi para aquela região inóspita para cuidar das obras contra as secas, que desde aquela época já mobilizava a opinião pública e levava a que muitos dos baianos viessem para o sul, a fim de evitar os rigores da seca no nordeste.

MK: Dr. Everardo, isso nós estávamos na década de vinte [1920]?

EML: Vinte. Foi então aí, no dia dois de março de mil novecentos e vinte e quatro [02/03/1924], que eu nasci no estado da Bahia. E, ali, a minha mãe, encontrando condições adversas, veio a falecer dois anos depois. E eu fiquei, então, entregue a uma jovem, negra, que era filha da nossa empregada, que antes havia sido escrava. Por ter perdido o seu filho, ela me amamentou e depois, quando morreu a minha mãe, ela ficou comigo mais três anos até que meu avô foi lá e me trouxe para o Rio de Janeiro.

O meu bisavô era médico e ele era filho de imigrantes portugueses. Ele era alfacinha de família sefaradita e a mulher dele, Maria Luiza de Lemos, era também lisboeta. E eles dois vêm aqui para o Brasil e aqui trabalham, tem uma quitanda. E da quitanda tiveram um armazém. Com muita luta, construíram uma fortuna. Ele é que pôde, homem já rico depois, custear os estudos do filho – o meu avô que me criou – no curso de medicina em Coimbra. Então eu sou criado por esse homem que descende desse par. A minha avó me disse que sua mãe era uma mulata que se casara com um suíço-alemão de nome Peter Emerick, que é o meu bisavô. E esse suíço casou-se com ela direitinho, de papel passado, que eu tive a ocasião de ver. Então esses são os pais da minha avó, a minha avó que me criou.

Diziam maldosamente as crianças quando eu estava aqui, quando cheguei da Bahia, que eu era baiano e não tinha mãe. Eu sentia que havia uma malícia qualquer nesta coisa, porque é um certo preconceito das crianças, que às vezes nessa idade são um pouco cruéis, mas diziam isso. E depois, com o tempo, eu vi a necessidade de um dia dizer que eu, ao contrário, não tivera apenas uma mãe como eles, eu tivera três! Eu tivera então a mãe que me amou, que me quis, muito querida, aquela que me trouxe a luz, e também tive a mãe negra, de cujo seio negro eu tirei a seiva branca que me fez forte e me trouxe até aqui. E tive também a minha avó, que era minha segunda mãe, que é a segunda mãe de todos, e foi também uma das minhas mães.

MK: Em abril de 1960, o Sr. já era do Ministério Público. Em 1960, a Capital Federal saiu aqui do Rio e foi para Brasília. O senhor tomou posse em 1951, me corrija se eu estiver errado. E quem lhe nomeou foi o Presidente Getúlio Vargas. Não é isso? E o senhor já tinha cerca de nove para dez anos de concurso, do primeiro concurso realizado. Como é que a mudança da capital daqui para Brasília repercutiu no nosso Ministério Público?

EML: Bom, todos os membros do Ministério Público de então, todos eles defrontaram com essa nova opção. Podia-se ficar no Rio de Janeiro, como todos nós gostávamos naquela época. Era uma época romântica. Ou então íamos para Brasília, que era então uma dúvida: Como seria Brasília? Mas, por outro lado, continuaríamos com a União Federal. Muitos dos nossos colegas foram pra lá. Foram para o Ministério Público do Distrito Federal em Brasília e outros ficaram aqui. Eu fiquei porque tinha aqui minha família. Quem se dispunha a ir queria convencer os demais que deviam ir também porque era vantajoso estar com a União Federal em Brasília. E outros, ao contrário, aqui permaneceram. Eu entre eles.

Mas o que eu queria dizer: os concursados! Porque a partir dos concursados tenentes... O que queriam os concursados tenentes? Eles queriam que se acabasse com o voto aberto e que se fizesse o voto secreto para que os empregados da fazenda não ficassem ali, a descoberto de seus senhores e engenho. E que também se modificasse o sistema educacional no país. Esses eram os principais objetivos dos tenentes, que varreram o país de cima a baixo. Depois deles, veio a Constituição de 1946, e ela então estabeleceu que, para ingresso no Ministério Público ou na magistratura, era necessário fazer concurso de títulos e provas [de provas e títulos]. Até então, todos os cargos eram de livre nomeação, eram cargos efetivos, de provimento efetivo, mas eram cargos de livre nomeação. Então isso acabou porque a Constituição de 1946, que seguiu a queda do Getúlio Vargas, nos trouxe isso. E estes concursos foram realizados pela primeira vez aqui no Distrito Federal – que era a capital da República – para o Ministério Público e para a Justiça. Foi então, aí, que me habilitei, que eu quis ser membro do Ministério Público.

MK: Enquanto o Sr. foi promotor, especialmente do Júri, o Sr. tem algum caso, algum processo que o Sr. atuou e que até hoje o Sr. tem esse processo na memória? Um caso marcante: um crime marcante. Um caso marcante que o Sr. tenha na memória e que gostaria de relatar?

EML: Um caso que foi muito antológico e que foi um caso muito bom, porque desse caso... O caso Cateysson, que mobilizou a cidade do Rio de Janeiro na ocasião, e estou falando de 1954. Olha que tem tempo isso, não tem?! Então, o que acontece é isso. É que esse júri, ele mobilizou a cidade porque a vítima era um homem que tinha uma popularidade muito grande. Era um cidadão francês que se chamava André Jules Cateysson. E ele era o dono da Predial Corcovado, empresa que construiu os grandes espigões da praia de Copacabana. [E] Copacabana naquela época... Porque Copacabana no passado...



Dr. Evandro Lins e Dr. Everardo em 1954 – Caso Cateysson

MK: Era um areal.

EML: Havia pântanos, havia braços de árvores. Não se conseguia chegar lá. Só havia um túnel velho, onde havia o posto de gasolina

e ali foi onde se deu o crime do André Jules Cateysson, que foi um grande empresário. E um outro jovem, o Silvio Coelho, que também era um grande vendedor. Mas ele era meio desregrado, violento e agressivo. Mas era um grande vendedor! E conseguiu entrar na Predial Corcovado como vendedor e, daí, passou a diretor de vendas, porque vendia muito. Mas ele começou a dar bailes, que chamavam de "bailes do psirico". Eram bailes pré-carnavalescos na Copacabana daquela época. E eu, nesta ocasião, quando fiz análise da tribuna, eu chamei Copacabana de Copa Sodoma: a cidade do vício e do pecado! E chamei o Silvio Coelho, que matou covardemente o Cateysson, de troglodita do asfalto.

Tudo aquilo veio em letras garrafais na imprensa de então e mobilizou a cidade. E os grandes advogados, maiores oradores da época, como eram o Romero Neto, o Evandro Lins, o Tranjan e o Humberto Teles; grandes oradores, magníficos oradores, e estudiosos também, eram todos os três meus amigos: O Hermes Lima, o Vitor Nunes(?) Leal e o Evandro Lins. Mas o Evandro Lins eu enfrentei muitas vezes e muitas vezes tive de meu lado.

EML: O júri me proporcionou, também, muita emoção, muito cabelo branco, mas também momentos de muita gratificação. Eu no júri conheci, por exemplo, o Guimarães Rosa, que foi meu jurado no 2º Tribunal do Júri.

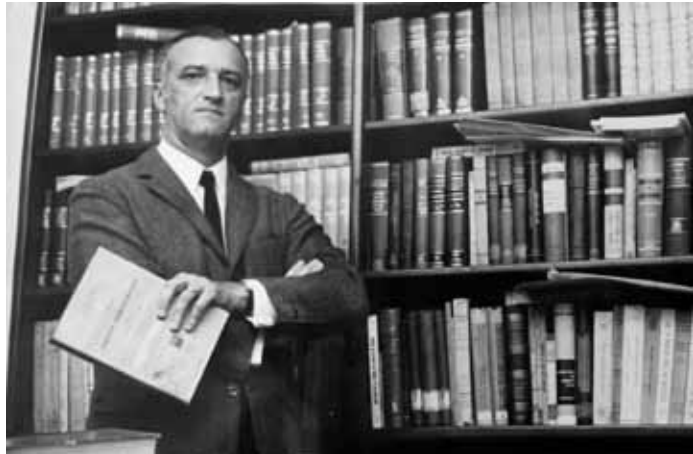
MK: Ah! Ele foi seu jurado? Olha que beleza!

EML: Foi meu jurado no Tribunal do Júri, o Guimarães Rosa. Então ele dizia..., ele não era famoso ainda, como vem a ser depois. E, naquela época, o trabalho primeiro dele, o Sagarana, tinha sido rejeitado. Rejeitado não, mas mal classificado na Academia Brasileira de Letras.



Entrevista realizada com o Dr. Everardo no dia 22 de agosto de 2017, no auditório da AMPERJ – Projeto Personalidades do MPRJ.

Ele ficou em terceiro lugar. E os prêmios, então, couberam aos dois anteriores, e ele não teve prêmio nenhum. Então eram cegos os homens da academia naquela época, que não viram aquilo que era óbvio e que iria acontecer depois, que era o *Grande Sertão: Veredas*.



Everardo Moreira Lima - Procurador de Justiça Aposentado

O que é preciso para ser um bom promotor? Só aqueles que têm o dom da palavra podem ser promotores do júri? E eu digo não. Todos vocês podem ser bons promotores do júri. Porque a condição básica é você estudar, ter conhecimento do direito público, principalmente do direito penal, do direito do processo penal e ter, sobretudo, o conhecimento profundo do processo que você vai participar, e o conhecimento, o domínio também da língua que você fala. A língua é um instrumento precioso. Então passe a gostar da língua. Leia bons livros, fale com pessoas que tenham recursos verbais e que possam inspirar você. Isso é fundamental. Mas, acima de tudo isso, pra ser um promotor do júri, você precisa ter atitude. Isso que é fundamental. A atitude não é só a pose, é a postura e a compostura na tribuna. Saber que você está ali representando uma instituição cuja finalidade é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis. É o que diz a Constituição.

O Brasil está mal financeiramente e politicamente, mas não houve alteração da democracia. As instituições estão funcionando, é preciso notar isso: as instituições estão funcionando.

MK: Isso que o senhor falou é uma coisa importante. O Brasil está em crise, mas as coisas estão funcionando.

EML: E há uma coisa importante que é a punição; homens poderosos estão na cadeia! Isso tudo se deve ao Ministério Público.

MK: Nova York, 1970, 1980, era uma cidade sitiada, era uma cidade em guerra, era uma cidade que tinha um índice de violência parecido com o índice de violência que o Rio de Janeiro apresenta hoje em dia. E eu, por uma necessidade de vida, estive lá naquela ocasião e fiquei horrorizado de ver a cidade de Nova York do jeito que ela estava. O Sr. é favorável à política que eles instituíram na época, a chamada política das janelas quebradas, *Broken Windows*? Sintetizando uma coisa longa, que foi objeto de estudos sociológicos, é uma política de acordo com a qual [há] tolerância zero. Toda e qualquer infração, da menor – jogar um papel no chão – até o crime mais bárbaro, todas as vezes que houver infração da lei, ela tem que ser punida. E foi com base nisso que a violência e a criminalidade em Nova York baixaram dramaticamente. O que o senhor acha dessa política?

EML: Eu acho que a política está correta. Todos os governantes deveriam ter essa preocupação. É a influencia do fator ético na sua formação moral, do que você aprendeu em casa com os pais, aprendeu na escola. Isso que, no Brasil, veio se fazendo desde o tempo em que, na colônia, no reinado que se segue a essa colônia, no império depois. Há uma acomodação àquele mundo de pessoas que eram os nossos escravos e que não tinham direito a nada, eram coisas, não tinham alma. Aquilo tudo criou o que Marx Weber chamou de patrimonialismo em que havia uma confusão entre o público e o privado, não é!? E isso tudo é que leva a essa situação de hoje. Esses homens que estão aí, eles não são, não foram, não receberam a influência de fatores éticos. Então eles se comportam apenas orientados pela ganância, pela vontade de poder, pela ambição. Eles não têm meias medidas. Eles querem e estão ali se apropriando das coisas públicas em seu favor, em detrimento da sociedade.

MK: Mas essa certeza, então, porque a tônica dessa política do *Broken Windows* é a certeza de que toda e qualquer infração, da menor que seja, jogar um papel no chão, [enfim] em via pública, até o crime mais grave, sempre haverá certeza da punição. O Sr. não acha que isso é um freio inibitório?

EML: É exatamente isso que quero dizer. Esses homens maus só vão deixar de fazer essas coisas más que eles fazem por temor à punição, ao castigo. Só há uma forma de inibir o homem engravatado que está lá no congresso nacional, lidando com aquilo, mas pensando sempre na vantagem própria. Eles não vão se converter com a pregação religiosa nem com a imposição moral. Eles só vão deixar de praticar o mal por temor. Não temem a Deus, não temem à polícia, porque têm autoridade. Mas vão temer ao Ministério Público. Então isso é a posição do Ministério Público.

NAYARA CRISTINA SANTOS E JÉSSICA CÂMARA

Transcrição

PATRÍCIA CAVALCANTI E MÁRCIO KLANG

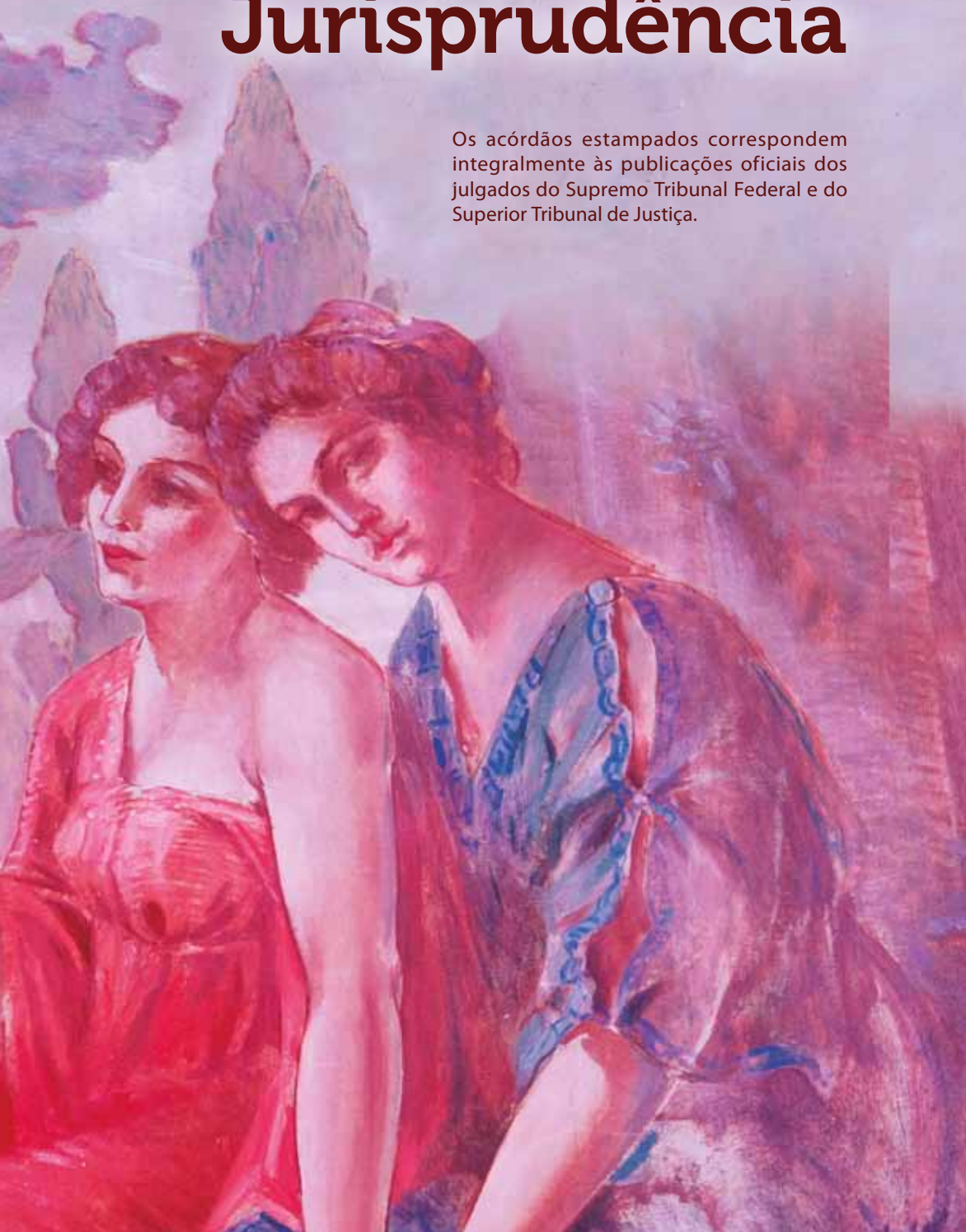
Revisão de conteúdo



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*
Nº 145.576 / SÃO PAULO**

20/02/2018
SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MARLUCE DE FIGUEIREDO BORGES

ADV.(A/S): ANDREA VALDEVITE

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EM CUSTÓDIA DOMICILIAR COM FUNDAMENTO NO ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA REAL IMPRESCINDIBILIDADE DA GENITORA PARA COM OS CUIDADOS DO FILHO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – Esta Segunda Turma possui orientação no sentido de que a possibilidade de colocação de preso (mulher ou homem) em custódia domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal, pressupõe prova idônea dos requisitos nele afirmados, a serem avaliados pelo juízo de origem. Na hipótese do inciso III do referido dispositivo legal, tal conversão não se perfaz como hipótese automática de causa e consequência, mas está condicionada, também, a elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos. Precedentes.

II – No caso sob exame, a criança está sob os cuidados da avó materna, circunstância que afasta a incidência da regra processual em questão, pelo menos nesta análise que se é possível fazer na via estreita do *habeas corpus*.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com recomendação ao juízo de origem que avalie se a agravante atende aos pressupostos necessários à substituição da prisão preventiva pela domiciliar na forma do art. 318, III, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 145.576 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MARLUCE DE FIGUEIREDO BORGES

ADV.(A/S): ANDREA VALDEVITE

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão em que, com base no art. 192 do Regimento Interno do STF, deneguei a ordem de *habeas corpus*.

A decisão ora atacada possui o seguinte teor:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ que denegou a ordem no HC 375.250/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer.

Consta dos autos que a paciente foi denunciada (documento eletrônico 4) e presa preventivamente (fls. 20-23 do documento eletrônico 11) pela suposta prática do crime de homicídio duplamente qualificado pelo motivo torpe e recurso que tornou impossível a defesa do ofendido (art. 121, §2º, I e IV, do CP). Houve pedido de revogação da custódia cautelar, porém rejeitado (fls. 34-35 documento eletrônico 13).

A impetrante relata, sem documentos nos autos, que impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP e, na sequência, outro HC no Superior Tribunal de Justiça, mas ambos os pedidos foram denegados (fls. 6-8 da petição inicial). No STJ, o acórdão ganhou a seguinte ementa (dado obtido em consulta ao sítio eletrônico daquele Tribunal):

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA CUIDADOS ESPECIAIS DE CRIANÇA MENOR DE 6 ANOS. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 318 DO CPP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III – No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a demonstrar a indispensabilidade da prisão para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a periculosidade da agente, evidenciada no *modus operandi* pelo qual o delito de homicídio qualificado foi, em tese, praticado, consistente no deferimento de três tiros à queima-roupa em seu companheiro enquanto este dormia, bem como pelo fato de ter tentado frustrar a instrução criminal, pois, após o cometimento do suposto delito, abandonou o cadáver em via pública para simular um assalto.

IV – A substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso III, do CPP, exige a comprovação

da imprescindibilidade da agente aos cuidados especiais da criança, o que não restou demonstrado nos autos. (Precedentes)

Habeas corpus não conhecido.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante neste *habeas corpus*.

Alega, inicialmente, que “não há nenhum elemento concreto a demonstrar que em liberdade a paciente representaria risco à aplicação da lei penal ou à ordem pública, devendo, portanto, a liberdade ser concedida, posto ser desproporcional e desnecessária a manutenção da mesma em cárcere” (fl. 11 da petição inicial).

Salienta, ademais, que “a paciente é primária, tem residência fixa e possui filho de pouca idade que depende de seus cuidados, fatos que mitigam a compreensão de ‘risco à ordem pública’ e que deveriam ser considerados, mas não foram, nem pelo Juiz de Primeiro, nem pela Nobre Corte Paulista e muito menos pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça” (fl. 13 da petição inicial).

Sustenta, outrossim, que “o fato de a criança ter sido retirada de forma abrupta da presença materna, sem qualquer motivo justo, somado a sua tenra idade, fase em que a figura materna é essencial para formação da criança, por si só, já demonstra que a paciente é IMPRESCINDÍVEL AOS SEUS CUIDADOS, o que preenche a exigência feita [pelo art. 318, III, do Código de Processo Penal]” (fl. 15 da petição inicial).

Requer, ao final, liminarmente, que seja garantido à paciente o direito de responder ao processo em liberdade ou, alternativamente, em prisão domiciliar. No mérito, pede a confirmação da cautelar pleiteada, num ou noutro sentido (fl. 17 da petição inicial).

É o relatório suficiente. Decido.

Bem examinados os autos, entendo que o caso é de denegação da ordem.

Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada: (i) como garantia da ordem pública ou econômica; (ii) por conveniência da instrução criminal ou; (iii) para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ademais, conforme o art. 313 do CPP, a segregação cautelar será cabível: (i) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; (ii) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP; (iii) se o crime envolver violência

doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e (iv) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Com efeito, a lei processual prevê, ainda, a possibilidade de o magistrado substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (i) maior de 80 anos; (ii) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (iii) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) gestante; (v) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; e (vi) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Além desses parâmetros legais, extrai-se, de nosso ordenamento jurídico, que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, parágrafo único, do CPP).

É dizer, a modalidade cautelar de segregação possui estreitos limites, não cabendo interpretação extensiva quanto às suas hipóteses de cabimento.

Nesse aspecto, entendo que a análise pelo magistrado quanto ao cabimento das medidas cautelares diversas da prisão consubstancia-se em verdadeira garantia processual conferida ao investigado/réu, de modo que, sempre que possível, sua aplicação deve prevalecer, adotando-se uma, ou quantas forem necessárias, das restrições elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, *litteris*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Na espécie, verifico que o magistrado de primeira instância fundamentou a necessidade da prisão preventiva, essencialmente, na garantia da ordem pública, haja vista as circunstâncias em que o delito foi praticado, e na tentativa da paciente em ocultar o crime mediante simulação de suposto assalto contra a vítima. Embora a impetrante não tenha instruído o presente *habeas corpus* com o inteiro teor do acórdão ora questionado, é possível acessá-lo por meio do sítio eletrônico do STJ, de cujo voto transcrevo as seguintes passagens:

Na hipótese, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, *in verbis*:

A acusada responde por crime de homicídio duplamente qualificado, delito hediondo (art. 1º inciso I, da Lei nº 8.072/90), cometido, segundo relato da própria acusada, de maneira premeditada, após planejamento detalhado dos atos preparatórios e de cada ato de execução.

O gravíssimo fato gerou grande repercussão na comarca e clamor público por uma resposta célere e proporcional, o que se mostra imprescindível para o resguardo da própria ordem pública e para o

restabelecimento da credibilidade nas instituições que compõem o sistema de Justiça, com a consequente pacificação da sociedade.

Não bastasse, conforme destacado pela autoridade policial, com base nas provas colhidas durante a investigação, a ré, após o cometimento do delito, para colocar em prática seu plano de simular um assalto que teria vitimado seu amásio, ao perceber a existência de câmeras de segurança no trajeto que faria, tratou de usar um disfarce, vestindo-se com roupas masculinas para não ser reconhecida quando retornasse à sua casa, após abandonar o corpo da vítima no interior do veículo, na via pública (fl. 230).

Ora, a acusada, com sua própria conduta, demonstrou concretamente estar disposta a fazer o que estiver ao seu alcance para frustrar a instrução criminal e se furtar à aplicação da lei penal [...].

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de MARLUCE DE FIGUEIREDO BORGES, qualificada às fls. 04 e 68, determinando a expedição do respectivo mandado de prisão (fls. 268-269).

Da leitura da cota ministerial apresentada na origem, referida na r. decisão aqui objurgada, tem-se que a dinâmica dos fatos ocorreu da seguinte maneira:

[...] Na data dos fatos, a denunciada, seguindo plano previamente elaborado, acordou antes de seu amásio (vítima) e levou seu filho para a sala da residência. Em seguida, a denunciada pegou a arma de fogo, já municiada, bem como um cueiro, com o intuito de abafar o som dos disparos. Após, a denunciada foi até o quarto do casal – onde a vítima estava dormindo de bruços – e posicionou a arma de fogo e o cueiro (para abafar o som) contra a cabeça da vítima, efetuando três disparos à queima-roupa, sem qualquer possibilidade de reação por parte de Diorges.

Todos os disparos efetuados pela denunciada atingiram a cabeça da vítima, causando os ferimentos descritos no exame necroscópico de fls. 138/141 – o que, por sua vez, resultou na morte da vítima por trauma crânio encefálico.

Sem esboçar nervosismo ou desespero, ainda seguindo o plano anteriormente elaborado, a denunciada foi até a sala da residência onde aguardou que a vítima parasse de agonizar. Após algum tempo, a vítima silenciou-se, pois veio a óbito.

Neste ponto, a denunciada levou de volta seu filho ao berço, passando a arrastar o corpo da vítima até o seu veículo (Hyundai Sonata). A denunciada trocou as roupas da vítima, no intuito de simular que ela estava trajada como costumeiramente ia ao trabalho.

Ato contínuo, após colocar a vítima no banco de trás do veículo, a denunciada separou as peças sujas de sangue em uma sacola e limpou as manchas de sangue do arrastamento. Em seguida, a denunciada vestiu-se com roupas pretas masculinas, simulando, assim, aparência de um homem, para não ser identificada no caminho de volta para sua casa. Além disto, remexeu em objetos que estavam no porta-luvas do veículo, espalhando-os no assoalho, para simular um assalto.

Por fim, a denunciada conduziu o veículo até uma rua deserta, abandonando o carro e o cadáver da vítima naquele local. Desfez-se dos projéteis deflagrados e jogou as chaves da casa da vítima na varanda da residência de sua genitora, tudo com intuito de simular um assalto. Para terminar, queimou parte dos objetos ensanguentados e limpou a casa [...] (fls. 26-27).

Da leitura dos trechos acima colacionados, tenho que o *r. decisum* que determinou a prisão preventiva da ora paciente encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que denotam sua periculosidade, notadamente se considerado o *modus operandi* pelo qual o delito foi, em tese, praticado, consistente no deferimento de três tiros à queima-roupa em seu companheiro enquanto este dormia, bem como pelo fato de ter tentado frustrar a instrução criminal, pois, após o cometimento do suposto delito, abandonou o cadáver em via pública para simular um assalto.

Tal circunstância, a meu ver, indica a indispensabilidade da imposição da medida extrema, em razão da necessidade de acatamento da ordem pública.

[...]

No que concerne ao pedido de responder ao processo em prisão domiciliar, tenho que o *writ* não merece ser conhecido.

Na hipótese, a r. decisão de primeiro grau, que indeferiu o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, foi fundamentada nos seguintes termos, *verbis*:

Inicialmente, é necessário ressaltar que o filho da ré, criança de 1 ano e 5 meses de idade, já se encontra em situação de risco, justamente em decorrência da conduta de sua genitora, que matou premeditada e friamente o pai da criança, conforme narrado pela própria acusada (fls. 68/73).

Evidentemente, diante da responsabilização criminal da acusada pelo fato praticado, deverão ser mobilizados os mecanismos necessários à preservação dos direitos da criança, acionando-se o Conselho Tutelar para que, acompanhando o cumprimento do mandado de prisão, providencie o imediato encaminhamento do menino à família extensa ou, se isso for impossível, à instituição de acolhimento adequada.

O que não se pode admitir é que a situação de risco a que a criança está exposta, gerada, frise-se mais uma vez, pela conduta da própria ré, sirva de escudo contra a imprescindível prisão desta, medida que está inserida no contexto de sua responsabilização criminal pelo crime hediondo que cometeu, e que se faz necessária à preservação da ordem pública, à higidez da instrução criminal e à efetiva aplicação da lei penal, pelos motivos acima explicitados (fl. 269).

Acerca da *quaestio*, assim consignou o v. acórdão vergastado:

Aliás, como bem lembrou o membro do Ministério Público oficiante em 1º Grau: “a ré quando decidiu assassinar seu marido decidiu também condenar seu próprio filho a crescer sem um pai. Não deve, deste modo, preocupar-se, neste momento, com os ‘malefícios’ de sua ausência, mas sim em todos os prejuízos que causou a sua prole.”

Desta forma, foi justificadamente decretada a prisão preventiva, bem como o indeferimento da substituição desta pela domiciliar, e as razões de convencimento

do d. magistrado permanecem válidas, não se constatando o alegado constrangimento ilegal (fl. 21).

Sobre o tema, faz-se necessário asseverar o que dispõe o artigo 318, inciso III, e parágrafo único, do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Como se constata, o mencionado dispositivo exige, para a referida substituição, a comprovação da imprescindibilidade da agente aos cuidados especiais da criança.

No caso, contudo, não foi demonstrada essa indispensabilidade, de modo que a manutenção da prisão preventiva não caracteriza constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem de ofício.

[...]

Por fim, cumpre ressaltar que a presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Como se vê, a motivação que dá suporte à prisão preventiva está em consonância com a jurisprudência assentada nesta Corte no sentido de que a periculosidade do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito foi cometido, demonstra a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva.

Com efeito, há farta jurisprudência desta Corte, em ambas as Turmas, no sentido de que a gravidade *in concreto* do delito ante o *modus operandi* empregado permite concluir pela periculosidade social da paciente e pela conseqüente presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial para garantia da ordem pública. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, §2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decretação da custódia preventiva para garantia da ordem pública, em razão do *modus operandi* e da evasão do distrito da culpa, justifica-se ante a gravidade *in concreto* do crime (Precedentes: HC 137.027, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 08/05/2017, HC 137.310-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/03/2017 e HC 130.412, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/11/2015). 2. *In casu*, a recorrente foi denunciada pela suposta prática da infração penal prevista no artigo 121, §2º, I e IV, do Código Penal, tendo sido decretada sua prisão preventiva pelo juízo natural. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d e i*, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 5. Agravo regimental desprovido (HC 143.802 AgR/RJ, Rel. Min. Luiz Fux).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Processual Penal. Homicídio qualificado. Prisão preventiva mantida na pronúncia. Remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário. Admissibilidade. fundamentação *per relationem*. Precedentes. Revogação da custódia. Impossibilidade. Medida extrema justificada na periculosidade do agravante

para a ordem pública. Legitimidade da medida extrema. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. A sentença de pronúncia que mantém a prisão preventiva do acusado com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário não pode ser interpretada como desprovida de fundamentação. [...] 3. A prisão preventiva do agravante foi devidamente justificada em sua periculosidade para a ordem pública, tendo em vista a gravidade em concreto da conduta e seu *modus operandi*. Segundo os autos, ele seria um dos mandantes de um homicídio qualificado, praticado “em plena luz do dia, mediante paga ou recompensa, com diversos disparos de arma de fogo e na presença das filhas menores da vítima (de 3 e 7 anos)”. 4. É do entendimento da Corte que a periculosidade do agente, evidenciada pela gravidade em concreto da conduta criminosa e seu *modus operandi* legitimam a manutenção da segregação cautelar. 5. A existência de condições subjetivas favoráveis ao agravante, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica na espécie. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (HC 142.435 AgR/PR, Rel. Min. Dias Toffoli).

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PRISÃO PREVENTIVA E DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS PARA SOLTURA DO AGRAVANTE: IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Considerado o que decidido nas instâncias antecedentes e as circunstâncias em que praticado o delito, a decisão de prisão preventiva do Agravante harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que a periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi*, constitui motivo idôneo para a custódia cautelar. 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Agravante, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 3. Pode o Relator, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal,

negar seguimento ao *habeas corpus* manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante, embora sujeita a decisão a agravo regimental. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento (HC 127.486 AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Habeas corpus. 2. Direito processual penal. 3. Homicídio doloso. 4. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal. 5. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi*. Periculosidade concreta do acusado. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 6. Réu foragido. Nítido intuito de furtar-se à aplicação da lei penal. 7. Ausência de constrangimento ilegal. 8. Ordem denegada (HC 133.210/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º). Processual Penal. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Falta de fundamentação para justificar a medida extrema. Não ocorrência. Garantia da ordem pública. Gravidade em concreto da conduta e real periculosidade do agravante. Risco real de reiteração delitiva. Fuga do distrito da culpa. Custódia preventiva devidamente fundamentada. Regimental não provido. 1. Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não só pela gravidade *in concreto* do delito, em razão do seu *modus operandi*, como também pelo risco real da reiteração delitiva. [...]. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento (HC 127.578 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli).

Com o mesmo entendimento, cito, entre outros, os seguintes julgados: RHC 122.647/SP, Rel. Min. Roberto Barroso; HC 112.783/SP, Rel. Min. Rosa Weber; RHC 128.797/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 101.132/MA, Rel. Min. Luiz Fux; HC 109.054/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 122.622/MG, Rel. Min. Teori Zavascki; RHC 123.085/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 120.835/SP, de minha relatoria.

Dessa forma, entendo que a custódia cautelar encontra-se devidamente lastreada em requisito autorizador descrito no art. 312 do Código Processual Penal, qual seja, para a garantia da ordem pública, concretamente demonstrado pelo juízo de primeiro grau.

Anoto, outrossim, que a primariedade, a residência fixa e os bons antecedentes não obstam a decretação da custódia cautelar quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal:

HC 139.585/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 124.306/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator para o acórdão Min. Roberto Barroso; HC 127.486 AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 122.409/SP, Rel. Min. Luiz Fux; entre outros.

Por outro lado, presentes nos autos elementos concretos a recomendar a manutenção da prisão processual, não se revela adequado fixar outras cautelares alternativas estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

É igualmente inviável, na espécie, a colocação da paciente em prisão domiciliar, mormente porque a impetrante não comprovou, por meio de elementos concretos, em que medida a presença da paciente seria imprescindível aos cuidados do seu filho menor de 6 anos de idade, sendo certo que tal benefício não é de concessão automática, pois, a *contrario sensu*, estar-se-ia criando hipótese impeditiva da prisão preventiva contra réus (homem ou mulher) que reunissem um dos critérios objetivos previstos no inciso III do art. 318 do CPP, o que, evidentemente, não foi a intenção do legislador. Por outro lado, consta dos autos (fls. 35-36 do documento eletrônico 11) que a criança está sob os cuidados da avó materna, circunstância que afasta a incidência da regra processual em questão, pelo menos nesta análise que se é possível fazer na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido, menciono o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 137.234/RJ, que assim se posicionou sobre a questão:

Como se observa, a possibilidade de colocação do preso em custódia domiciliar pressupõe prova idônea dos requisitos afirmados, requisitos que seriam melhor avaliados pelo juízo de origem. Ademais, não obstante a impetração esteja instruída com cópia da certidão de nascimento de um dos filhos da paciente (Doc. 3), a conversão, nessas condições, não se perfaz como hipótese automática de causa e consequência, mas está condicionada, também, a elementos subjetivos relativos a imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos. Tutela-se, em verdade, os interesses da criança e do adolescente, que devem prevalecer quando do prudente convencimento do julgador, sob pena de subverter o objetivo da norma. Desse modo, o magistrado de origem terá melhores condições para analisar, sob esse enfoque, a possibilidade de conversão da prisão preventiva.

Nessa mesma linha, destaco elucidativo voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no HC 144.537/SP, no qual se analisava situação análoga à presente:

[...]

A defesa reitera a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à agravante, mãe de 2 crianças menores de 12 anos, sustentando que este seria o entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte em casos semelhantes, no que diz respeito à aplicação do que previsto no art. 318 do CPP.

Observo que, no agravo regimental, embora tenha trazido inúmeros julgados que seriam favoráveis à agravante/paciente, não ficou demonstrado o desacerto da decisão questionada.

Explico.

[...]

A aplicação do que contido no art. 318 do CPP, não se dá, como se fez crer, à agravante/paciente, de forma automática, levando-se em consideração apenas o critério objetivo da norma, qual seja ser mãe de filhos menores de 12 anos de idade.

Há que se demonstrar real necessidade de dependência entre os filhos menores de 12 anos e sua genitora, como sendo a única responsável, sem a comprovação da existência de qualquer outro familiar que possa assumir a incumbência de auxílio a sua guarda.

Neste sentido, cito recente decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do HC 146.554/SP (DJe 14.8.2017), no qual consignou:

a possibilidade de prisão domiciliar quando a acusada tiver filho de até 12 (doze) anos incompletos, está a merecer por parte desta Suprema Corte, em outra oportunidade, uma reflexão quanto aos seus efeitos.

Para mim, a substituição da prisão preventiva por domiciliar na forma preconizada pelo recentíssimo inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal deverá também ser precedida do preenchimento de certas condições subjetivas para não se subverter a exegese dessa recente Lei nº 13.257/16, que visa tutelar os interesses e o bem estar do menor, também resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela própria Constituição Federal.

Nesse contexto, o fato de haver comprovação de que a acusada é mãe de um menor de 12 (doze) anos não autorizaria, por si só, a concessão de prisão domiciliar

na forma do inciso V. É preciso, a meu ver, se demonstrar cabalmente a existência de uma relação de cuidado da genitora para com o menor (convivência e laços de afeto). E mais, que seja ela a única responsável por essa incumbência, assim, como prevê o inciso VI, também incluído pela Lei nº 13.257/16, in verbis:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Se não houver a comprovação dessas condições: a) da relação de cuidado entre mãe e filho (convivência e laços de afeto); e b) de que a genitora seria a única responsável por essa incumbência para com o menor; qualquer acusada poderia pleitear a substituição da preventiva na forma do inciso V, quando comprovado ser mãe de uma criança de 12 (doze) anos incompletos (mera relação biológica), ainda que inexistia uma relação mínima de cuidado para com esse, em razão, por exemplo, de não possuir sua guarda ou de não ser ela a única responsável pelos cuidados do menor, quando, por exemplo, o genitor ou até mesmo os avós podem exercer esse papel.

Levar a cabo a literalidade da regra do inciso V tão somente em razão da comprovação do requisito objetivo (filho com 12 anos incompletos), sem a observância de certas condições subjetivas, como as que me referi anteriormente, importaria, eminentes pares, com já disse, em verdadeira subversão da exegese da Lei nº 13.257/16 aos interesses da própria acusada, tornando, inclusive, letra morta o inciso III do art. 318 do Código de Processo Penal, que prevê a prisão domiciliar quando o agente for “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” (Lei nº 12.403/11) (HC nº 132.462/RJ-AgR-ED, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 6/6/16).

Com essas considerações, entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade

flagrante que justifique a superação do enunciado da Súmula nº 691 desta Suprema Corte, nos termos do art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente *habeas corpus*, ficando, por consequência, prejudicado o pedido de liminar.

Como consignado pela Min. Rosa Weber quando do julgamento do HC 146.422/SP (DJe 8.8.2017), o caso aponta para a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para a aplicação do que preconizado no art. 318 do CPP, no sentido de que o exercício deste direito não é automático, senão vejamos:

Além disso, quanto à pretendida substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, aponta a Corte Estadual que “não foi produzida prova no sentido da inexistência de qualquer outro familiar (pai, tios, primos etc.) que pudesse auxiliar na guarda das crianças”. Ainda ressalta o Tribunal de Justiça que “o *habeas corpus* não trouxe a prova necessária para alicerçar o alegado” e que “o fato de a paciente possuir filhos menores, por si só, não pode representar um salvo conduto que a torne imune à prisão”.

Nesse espectro, na linha do ato dito coator, saliento que a paciente “não logrou êxito em comprovar a imprescindibilidade de seus cuidados em relação aos seus filhos”.

Desse modo, não vislumbro manifesta ilegalidade na decisão acima descrita. Daí o acerto da decisão agravada, na qual restou consignada a não caracterização de situação ensejadora do afastamento da Súmula 691. (grifei)

Aliás, em anterior impetração formulada em favor da ora paciente (HC 138.965/SP), também de minha relatoria, embora não conhecida ante o óbice constante da Súmula 691/STF, concedi *habeas corpus*, de ofício, para assegurar que a paciente tivesse contato regular com seu filho menor, nos termos da lei de execução e das regras de Bangkok.

Ressalto, por fim, que a *quaestio iuris* trazida neste *habeas corpus* refere-se à aplicação de jurisprudência pacífica do STF que não encontra divergência entre as Turmas, o que permite a adoção do art. 192 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, *litteris*:

Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.

Isso posto, denego a ordem (art. 192 do RISTF). (grifos no original)

Neste agravo, alega-se, em síntese, que “o caso em questão traz peculiaridade envolvendo menor de tenra idade, o que, por si só, dispensa necessidade de coligir documentos ou produzir provas no sentido de que a mãe seja essencial para os cuidados com o filho, uma vez que tal necessidade da criança é extremamente presumida” (fl. 2 do documento eletrônico 17).

Requer-se, ao final, “que, após o juízo de retratação, seja dado provimento ao agravo em testilha para que se dê o devido processamento ao *habeas corpus* nº 145.576 com o conseqüente deferimento do pedido de liminar nos moldes já requeridos” (fl. 3 do documento eletrônico 17).

É o relatório.

20/02/2018
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 145.576 / SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que o recurso não comporta provimento.

Isso porque a argumentação desenvolvida pela agravante não foi capaz de afastar as razões expostas no ato impugnado, que deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

Conforme consignei na decisão atacada, esta Segunda Turma possui orientação no sentido de que “a possibilidade de colocação do preso em custódia domiciliar pressupõe prova idônea dos requisitos afirmados, requisitos que seriam melhor avaliados pelo juízo de origem. Ademais, [...] a conversão, nessas condições, não se perfaz como hipótese automática de causa e consequência, mas está condicionada, também, a elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos” (voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do *HC* 137.234/RJ).

Foi, igualmente, o entendimento externado pelo Ministro Gilmar Mendes no *HC* 144.537/SP, no qual se analisava situação análoga à presente, oportunidade em que Sua Excelência ressaltou que “a aplicação do que contido no art. 318 do CPP não

se dá, como se fez crer, a agravante/paciente, de forma automática, levando-se em consideração apenas o critério objetivo da norma, qual seja ser mãe de filhos menores de 12 anos de idade”. E continuou aquele Magistrado:

Há que se demonstrar real necessidade de dependência entre os filhos menores de 12 anos e sua genitora, como sendo a única responsável, sem a comprovação da existência de qualquer outro familiar que possa assumir a incumbência de auxílio a sua guarda.

Veja-se, ainda, o que destacou o Ministro Dias Toffoli no julgamento do *HC* 132.462/RJ-AgR-ED, desta Segunda Turma:

[...] que esse inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de prisão domiciliar quando a acusada tiver filho de até 12 (doze) anos incompletos, está a merecer por parte desta Suprema Corte, em outra oportunidade, uma reflexão quanto aos seus efeitos.

Para mim, a substituição da prisão preventiva por domiciliar na forma preconizada pelo recentíssimo inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal deverá também ser precedida do preenchimento de certas condições subjetivas para não se subverter a exegese dessa recente Lei nº 13.257/16, que visa tutelar os interesses e o bem-estar do menor, também resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela própria Constituição Federal.

Nesse contexto, o fato de haver comprovação de que a acusada é mãe de um menor de 12 (doze) anos não autorizaria, por si só, a concessão de prisão domiciliar na forma do inciso V. É preciso, a meu ver, se demonstrar cabalmente a existência de uma relação de cuidado da genitora para com o menor (convivência e laços de afeto).

[...]

Levar a cabo a literalidade da regra do inciso V tão somente em razão da comprovação do requisito objetivo (filho com 12 anos incompletos), sem a observância de certas condições subjetivas, como as que me referi anteriormente, importaria, eminentes pares, com já disse, em verdadeira subversão da exegese da Lei nº 13.257/16 aos interesses da própria acusada, tornando, inclusive, letra morta o inciso III do art. 318 do Código de Processo Penal, que prevê a prisão domiciliar quando o agente for “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.” (grifei)

Além disso, tal como registrado, a criança está sob os cuidados da avó materna, circunstância que afasta a incidência da regra processual em questão, pelo menos nesta análise que se é possível fazer na via estreita do *habeas corpus*.

Destaquei, outrossim, que, “em anterior impetração formulada em favor da ora paciente (HC 138.965/SP), também de minha relatoria, embora não conhecida ante o óbice constante da Súmula 691/STF, concedi *habeas corpus*, de ofício, para assegurar que a paciente tivesse contato regular com seu filho menor, nos termos da lei de execução e das regras de Bangkok”.

Todavia, seguindo a mesma orientação desta Segunda Turma nos precedentes mencionados, recomendo ao juízo de origem que avalie se a agravante atende aos pressupostos necessários à substituição da prisão preventiva pela domiciliar na forma do art. 318, III, do Código de Processo Penal.

Isso posto, nego provimento a este agravo regimental.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº 145.576

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MARLUCE DE FIGUEIREDO BORGES

ADV.(A/S): ANDREA VALDEVITE (189417/SP)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com recomendação ao juízo de origem para que avalie se a agravante atende aos pressupostos necessários à substituição da prisão preventiva pela domiciliar na forma do art. 318, III, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 9.2.2018 a 19.2.2018.

Composição: Ministros Edson Fachin (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Disponibilizou processos para esta sessão o Ministro Alexandre de Moraes, não tendo participado do julgamento desses feitos o Ministro Edson Fachin por suceder, na Segunda Turma, o Ministro Teori Zavascki.

Ravena Siqueira

Secretária

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S): GILBERTO MACEDO GIL ARANTES

ADV.(A/S): MARCELO JAIME FERREIRA

ADV.(A/S): LENIO LUIZ STRECK

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. PREFEITO MUNICIPAL. AFASTAMENTO DE CARGO ELETIVO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. RECONDUÇÃO. EXAURIMENTO DO MANDATO POPULAR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, *em julgar prejudicado o agravo regimental por perda superveniente de objeto*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 1º de fevereiro de 2017.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA
Presidente

25/11/2015
PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S): GILBERTO MACEDO GIL ARANTES

ADV.(A/S): MARCELO JAIME FERREIRA

ADV.(A/S): LENIO LUIZ STRECK

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Trata-se de agravo regimental interposto da seguinte decisão:

Trata-se de suspensão de liminar, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Prefeito do Município de Barueri, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o seu afastamento do cargo por suposta prática de crimes.

Consta dos autos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, recebeu a denúncia contra o requerente e outras duas pessoas (Eufrásio Humberto Domingues e Ricardo Macedo Arantes), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 (crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal – por treze vezes) e art. 1º, V e VII, §4º, da Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores – por cinquenta vezes) por fatos que teriam ocorrido nos mandatos em que exerceu o cargo de Prefeito Municipal de Barueri, entre os anos de 1997 e 2004.

O *Parquet* estadual requereu o afastamento do Prefeito, como apontou a decisão atacada, cujo trecho destaque por oportuno:

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo recebimento da denúncia, para que os acusados se vejam processar, na forma da exordial acusatória; reiterando o pedido de afastamento de GILBERTO MACEDO GIL ARANTES, do cargo de Prefeito Municipal de Barueri (fls. 3054/3075) (página 8 do documento eletrônico 15).

O Des. Rel. Edison Brandão assim se pronunciou por ocasião do recebimento da peça acusatória: em relação ao afastamento:

recebo a denúncia ofertada contra GILBERTO MACEDO GIL ARANTES (Prefeito de Barueri), RICARDO MACEDO ARANTES e EUFRÁSIO HUMBERTO DOMINGUES; determino, ainda, o imediato afastamento de GILBERTO MACEDO GILARANTES do cargo de Prefeito Municipal de Barueri, até o término da presente instrução, nos termos do art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 (página 39 do documento eletrônico 15).

O acórdão de julgamento, por seu turno, foi assim ementado:

DENÚNCIA OFERTADA PELA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMES DE RESPONSABILIDADE POR 13 vezes E LAVAGEM DE DINHEIRO POR 50 vezes – Preliminares – Alegação de incompetência deste Tribunal de Justiça para julgamento de Eufrásio e Ricardo que não exercem qualquer função pública ainda que os denunciados não tenham foro por prerrogativa de função, o entendimento pela continência ou conexão está subordinado à conveniência e oportunidade – Precedentes do STF – Ofensa ao Juiz Natural pelo fato do réu Gilberto estar investido no mandato de Deputado Estadual, não tendo, contudo, as investigações iniciadas neste E. Tribunal de Justiça – Investigação que se iniciou na d. Procuradoria da República que declinou de sua atribuição ao MPSP, e, iniciadas as investigações, ao se constatar que o réu era Deputado Estadual, foram os autos remetidos a este E. Tribunal de Justiça – Inexistência, igualmente, de cerceamento da defesa, por que o prazo para oferecimento da denúncia é impróprio por outro lado, o prazo para resposta está descrito na Lei nº 8.038/90, e, na existência de vários investigados com prazo comum, inviável conceder-se vista fora do cartório – Incorre, contudo, disparidade de armas, pois são duas oportunidades da defesa em se insurgir contra a denúncia, antes e após o seu recebimento – Preliminares de Inépcia da denúncia – Preliminares Rejeitadas – Ausência de justa causa não verificada – Alegações aprofundadas de regularidade das desapropriação e do procedimento licitatório, bem como de inoccorrência dos delitos de lavagem de dinheiro que se confundem com o próprio mérito da ação penal – Inépcia da denúncia – Inoccorrência – Devidamente preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP – Pleito Ministerial de afastamento de Gilberto do cargo de prefeito cabimento possível reiteração criminosa que justifica a medida acautelatória, para salvaguardar a moralidade da administração pública, além de necessária à garantia da instrução criminal – Denúncia recebida com determinações (página 3 do documento eletrônico 15).

O requerente afirma, de início, que estão presentes todos os pressupostos necessários para concessão do pedido de suspensão de liminar, sendo a parte legítima para o ajuizamento da ação que ataca a lesão à ordem pública, ante a determinação de afastamento do cargo de Prefeito Municipal.

Destaca, na sequência, que o voto vencedor que determinou o afastamento do cargo público, assentou-se na possibilidade do denunciado, Prefeito Municipal, intimidar duas testemunhas arroladas pela acusação e que são funcionários da Edilidade.

Pelo Sr. Secretário-Adjunto de Administração em anexo. (grifos no original; página 10 do documento eletrônico 2)

25/11/2015

PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente): Bem examinados os autos, entendo que a pretensão não merece acolhida.

Destaco, inicialmente, que entendo restar superada a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público estadual, ante as decisões proferidas pelo Plenário desta Corte nos autos da Rcl. 7.358/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, em que se reconheceu a legitimidade ativa autônoma dos Ministérios Públicos estaduais para propor reclamação.

Nesse sentido, reproduzo os ensinamentos do Ministro Cezar Peluso no julgamento da Rcl. 7.358/SP:

(...) quero retomar aquele outro aspecto da legitimidade. Eu não diria que sou ousado no raciocínio, e não quero sequer pôr em crise a orientação do Supremo de que só o Procurador-Geral da República pode funcionar perante essa Corte. Não quero pôr em dúvida agora essa orientação, mas quero chamar a atenção para algumas coisas que me parecem relevantes e que, às vezes, são deixadas de lado.

Primeiro, essa orientação da Corte é baseada no art. 46 da Lei Complementar 75/93. Esta lei complementar é lei orgânica do Ministério Público da União. A Seção II é aberta com o seguinte título – onde está situado o 46: “Da Chefia do Ministério Público Federal”. Noutras palavras, regula as funções do Procurador-Geral da República do Ministério Público como Chefe do Ministério Público Federal. Não regula nada a respeito de procuradorias de Ministério Público estadual.

O artigo 45 reza – é o artigo que abre a seção:

Art. 45. O Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público Federal.

(...)

Artigo 46, que gerou esta orientação do Supremo: Art. 46.

Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.

E aí diz assim:

Parágrafo único. O Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal:

I a ação direta...;

II a representação...;

III as ações cíveis e penais cabíveis.

Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público. A pergunta é: Que funções e de que Ministério Público? Evidentemente, as funções típicas do Ministério Público. Propor reclamação não é função típica do Ministério Público, é função de todo aquele que se sente agravado por ofensa a súmula vinculante. Isto não é típico e exclusivo do Ministério Público.

Entendo, ainda, pertinente o esclarecimento do Ministro Celso de Mello ao pontuar que:

[a] *A possibilidade de o Ministério Público local ajuizar, originariamente, perante esta Suprema Corte, o remédio jurídico da reclamação deriva de fonte constitucional. A recusa, ao Parquet dos Estados-membros, dessa qualidade para agir implicaria injusta frustração dos altos objetivos que animam a atividade, em juízo ou fora dele, do Ministério Público estadual. Para que se viabilizem as funções institucionais do Ministério Público dos Estados-membros, impõe-se que se lhe reconheçam os meios, inclusive os de ordem processual, que legitimem a sua atuação perante qualquer instância de poder. (grifos no original)*

Observando as transcrições acima, destaco que o texto das leis que disciplinam os pedidos de contracautela legítima o “requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Ora, se é permitido à pessoa jurídica de direito público requerer diretamente ao Supremo Tribunal Federal o pedido de suspensão, por uma questão de tratamento equânime, deve-se aplicar o mesmo entendimento da legitimação do Ministério Público estadual para o requerimento da Reclamação.

O regramento que disciplina a suspensão aponta como valor protegido a ordem (jurídico-administrativa), aplicando-se, por analogia, o resultado do julgamento da Rcl. 7.358/SP, visto que sua serventia é garantir a proteção dos bens jurídicos tutelados pelas Leis nos 8.038/1990, 8.437/1992 e 12.016/2009. Nesse sentido, o que importa é a “serventia jurídico-positiva do instituto. Serventia que, em última análise, se volta para o alcance daquele objetivo da defesa da ordem jurídica” (RCL. 7.358/SP, voto-vista do Ministro Ayres Britto), razão pela qual reconheço a legitimidade ativa do Ministério Público estadual para requerer o pedido de contracautela.

Superada a preliminar lançada pelo Procurador-Geral da República, destaco que, ao pontuar o cabimento do pedido de suspensão, ficou devidamente comprovada a natureza constitucional da discussão travada nos autos principais.

Em relação à grave lesão, é perfeitamente aplicável ao caso o entendimento do Ministro Nelson Jobim, proferido na SL 86, cujo teor transcrevo:

A grave lesão à ordem pública ocorre na interpretação ampla que se dá ao parágrafo único do art. 20, da Lei nº 8.429/92, para incluir na figura de *agente público*, o *agente político* detentor de mandato eletivo, no caso concreto, o ocupante do cargo de prefeito.

Na ordem pública está compreendida a ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa (PET 2066 AgR, VELLOSO, DJ 28.02.2003).

MAURÍCIO, meu antecessor, já decidiu questão idêntica (SL 26, DJ de 3.2.2004).

Extrato de sua decisão:

(...)

11. Na hipótese em causa, impende registrar que se trata de norma limitadora de direitos que, por essa razão, deve ser interpretada restritivamente. Conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 8429/92:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

12. Do exposto, depreende-se que existem várias espécies de agentes públicos, distinguindo-se entre eles os que exercem mandato daqueles que ocupam cargo, emprego ou função pública.

13. Por outro lado, o dispositivo que autoriza o afastamento do agente público não faz menção aos ocupantes do mandato eletivo. É o que se verifica de sua transcrição, *verbis*:

Art. 20 - A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único - A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

(...)

Nesse mesmo sentido também decidi a SS 2525 (DJ 3.10.2004). (grifos no original)

Por ocasião do deferimento do pedido liminar, verifiquei que a decisão que afastou o requerente do cargo eletivo fundou-se em duas situações: no risco de obstrução da instrução processual e na proteção ao erário municipal.

A denúncia da ação penal imputa a prática de crimes ao Prefeito entre os mandatos de 1997 a 2000 e 2001 a 2004, fatos ocorridos, portanto, há mais de uma década. O afastamento temporal dos ilícitos é suficiente para alijar a presunção do *Parquet* de que a permanência no cargo implicará lesão aos cofres públicos.

Já a segunda premissa não subsiste ante a comprovação de que inexistiu risco de obstrução da instrução processual, conforme as declarações juntadas aos autos (documento eletrônico 14).

Com efeito, as medidas cautelares devem observar as garantias constitucionais que asseguram a todos o devido processo legal e a presunção de inocência, razão pela qual não deve fazer vezes de pena restritiva de direito, cabendo, aqui, o consagrado ensinamento do Ministro Sepúlveda Pertence de que “as leis é que se devem interpretar conforme a Constituição e não ao contrário” (RT 680/416).

Não por outra razão, dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal que as medidas cautelares deverão ser aplicadas com a observância do binômio necessidade/adequação, o qual não me pareceu estar presente no caso sob exame.

Observe, nessa linha, que as medidas cautelares de afastamento de acusados que exerçam cargo público são excepcionais, não se podendo utilizá-las de forma subversiva que resulte na deturpação da essência de seu propósito processual. Em que pese ao caráter

da medida, que visa preservar a ordem pública e a segurança jurídica, muitas vezes sua aplicação distancia-se de seu propósito, especialmente quando constatada a possibilidade de a medida cautelar apresentar duração excessiva, inclusive por não se poder assegurar quanto tempo irá durar a instrução processual. Aplica-se, neste caso, a percuciente ilação de Rui Barbosa de que “jamais se podem eternizar medidas restritivas de direitos, porque sempre estão sujeitas a condições clausulares dispostas em lei e a limitações no tempo”.

Há de se observar também que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 644-MC/AP, assentou que “a subtração do titular, ainda que parcial, do conteúdo do exercício de um mandato político é, por si mesma, um dano irreparável”. Na ocasião, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que “os mandatos republicanos são essencialmente limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição”.

Exatamente por esses motivos que se deferiu o pedido de suspensão.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

**25/11/2015
PLENÁRIO**

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênha para divergir.

Houve o implemento de medida de urgência pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e o pressuposto é de que essa medida se mostrou necessária para a preservação da coisa pública, a fim de que o chefe do Poder Executivo local não continuasse na administração da coisa pública.

Não estou vendo, no caso concreto, uma *avant-première* do que poderemos enfrentar originariamente no Supremo, mas creio que a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça desmerece ser suspensa. Precisamos nos acostumar com medidas que realmente se façam, no âmbito, como disse, da urgência e tendo em conta o exercício do mandato, necessárias.

Por isso, provejo o agravo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)

– Pois não. Vossa Excelência está dando mostras de como é espinhosa a tarefa do Presidente na suspensão de liminar; nós temos dezenas de suspensões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Conheço bem, porque a exerci!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Eu sei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que apenas deferi uma suspensão, em dois anos de exercício da Presidência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)

– Eu, *data venia*, suspendi várias já, numa apreciação precária e efêmera da matéria que é submetida à Presidência.

E aqui, com todo o respeito, na linha do que vínhamos praticando desde o TSE, entendi, e repito, que o valor soberania popular e esse aspecto importante da curta duração do mandato me fizeram conceder esta suspensão de liminar para que o prefeito respondesse no cargo os eventuais ilícitos praticados.

25/11/2015

PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Presidente, neste caso, também vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, porque estudei o material que nos foi encaminhado e verifiquei que a decisão do Tribunal de Justiça paulista se baseia na circunstância de que esse prefeito é acusado de mais de cinquenta crimes de lavagem de dinheiro, desvio de verbas públicas, crime de responsabilidade. E, portanto, a fundamentação me faz chegar à conclusão de que a manutenção deste prefeito teria maior dano para a cidadania e não o seu afastamento com o possível retorno ao cargo.

25/11/2015

PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Eu apenas queria dizer o seguinte, eu me debrucei muito sobre este caso, também me impressionei com relação a esse fato, mas aqui eu verifiquei – salvo melhor juízo, porque são centenas de suspensões – que os fatos que pesavam contra o prefeito foram praticados muitos anos antes do exercício; foram em 2004 – agora estou sendo confirmado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – De 1997 a 2004.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)
– Portanto, fatos que praticados...

O SENHOR ADVOGADO – Senhor Presidente, só para esclarecer essa questão de fato. Todos os fatos relativos à ação penal são de um mandato anterior, depois o prefeito, inclusive, foi Deputado Estadual e assumiu agora um novo mandato. A ação penal é referente a fatos relativos a 99.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Exatamente esse aspecto que me impressionou, não havia nenhuma imputação que dizia respeito ao exercício atual do mandato dele. Então eu penso que não é possível

se retirar do cargo um prefeito reeleito que está exercendo normalmente, a menos que ele estivesse obstruindo a produção de provas, e não havia nenhum dado nos autos nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, faço duas observações apenas. Não transporto a regra relativa à chefia do Executivo nacional segundo a qual o titular não responde por atos estranhos ao próprio mandato exercido para a esfera governamental, em termos de ente da Federação, menos ainda para a esfera municipal. Segunda observação – apenas observações: é muito difícil divergir, principalmente de Vossa Excelência, Presidente, estimado amigo!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)
– Não, mas Vossa Excelência diverge fundamentadamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quando se tem medida de urgência, como se teve, considerada a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não se dá a culpa, no campo penal, como selada. A medida repercute na esfera administrativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)
– Pois não. Eu aprendi com o meu Decano aqui, e fui voto vencido, quanto a antecedentes criminais, que não podem ser contados para efeito de presunção de culpabilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fui Relator no Plenário, e o ponto de vista foi prevacente. Daí ter feito a distinção, para que não vingasse a maledicência quanto à incoerência da minha parte.

25/11/2015
PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, pedindo vênias a Vossa Excelência, eu também estou acompanhando a divergência.

O exame da matéria me levou à conclusão de que uma decisão concessiva de medida cautelar criminal deveria ser atacada pelos meios recursais próprios. Eu compreendo o entendimento diverso, apenas estou averbando esse posicionamento e acompanhando a divergência. E lançarei no feito as razões mais detalhadas desta posição.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S): GILBERTO MACEDO GIL ARANTES

ADV.(A/S): MARCELO JAIME FERREIRA

ADV.(A/S): LENIO LUIZ STRECK

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, e os votos dos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Edson Fachin, que o provia, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 25.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Assessora-Chefe do Plenário

01/02/2017

PLENÁRIO

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853 / SÃO PAULO

PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais presentes. Senhora Presidente, aqui, há uma hipótese singular. Era uma suspensão de liminar requerida pelo Ministério Público quanto ao afastamento de um prefeito. Então, o Ministério Público, sob o ângulo do *error in iudicando*, se opôs a essa suspensão de liminar com agravo regimental, aduzindo que a suspensão da liminar só se daria em casos em que concedida contra o poder público, e que a liminar fora concedida contra um Prefeito. Então, ressaltou o Ministério Público, à luz da jurisprudência, que efetivamente o instrumento era inadequado e havia uma impossibilidade jurídica da utilização desse instrumento.

Sucede, Senhora Presidente, que, evidentemente, pelo volume de trabalho, eu devolvi o voto-vista em 7 de junho de 2016, ele chegou a entrar na pauta e sair da pauta,

e o que ocorre é que o mandato do prefeito se expirou. Eu tenho voto pronto sobre a tese em si, mas eu acho que, hoje, há a perda superveniente de interesse recursal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Mas é em agravo, então acho que houve o prejuízo mesmo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Haveria realmente a perda do interesse de agir mediante o recurso interposto, perda superveniente, muito embora o tema de fundo seja da maior importância: saber se o Ministério Público estadual pode ou não, junto ao Supremo, pedir a suspensão de certo ato. Indago: se não pode, na condição de fiscal da lei, quem poderá fazê-lo? Talvez um procurador, quem sabe, da própria Prefeitura, contrariando – como houve a contrariedade, agora, nos Estados Unidos da América, por parte da Procuradora-Geral – o titular do Executivo; no caso em julgamento, o Prefeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Mas como há outros nesse sentido, vou então me apressar a trazer um para que a gente resolva, porque este, realmente, seria esquisito sem objeto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu até cheguei a pensar, Presidente, processualmente, se a ilegitimidade não podia vir na frente do prejuízo? Porque o prejuízo, na verdade, é falta de interesse. Talvez a ilegitimidade pudesse vir antes, mas a tradição, no Supremo, é, quando está prejudicado, a gente não seguir viagem. Então, deixemos para outro processo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Indago dos Senhores Ministros se todos estão de acordo em, pela perda do objeto, declarar o prejuízo do agravo. É a proclamação do resultado.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AG. REG. EM MEDIDA CAUTELAR EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 853

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S): GILBERTO MACEDO GIL ARANTES

ADV.(A/S): MARCELO JAIME FERREIRA (15766/DF)

ADV.(A/S): LENIO LUIZ STRECK (14439/RS)

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, e os votos dos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Edson Fachin, que o provia, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 25.11.2015.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o recurso por perda de objeto. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 01.02.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Jurisprudência Cível

• • •

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

IMPTE.(S): CELSO CESTARI PINHEIRO

ADV.(A/S): JOAQUIM BASSO

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTAS APLICADAS PELO TCU. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXAME DE LEGALIDADE.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia.
2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei.
3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa.
4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, em indeferir a ordem e julgar prejudicada a liminar, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Brasília, 21 de março de 2017.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
Relator

21/03/2017
PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

IMPTE.(S): CELSO CESTARI PINHEIRO

ADV.(A/S): JOAQUIM BASSO

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) que aplicou ao impetrante, com base no art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

2. A penalidade pecuniária foi aplicada no âmbito de processo administrativo instaurado para verificar a regularidade da aplicação de recursos federais na implantação e operacionalização dos Assentamentos de Reforma Agrária Itamarati I e II, localizados em Ponta Porã/MS.

3. Por meio do Acórdão nº 356/2012 (parcialmente alterado pelo Acórdão nº 516/2013), o Plenário do TCU assentou que o impetrante, então na condição de Superintendente Regional do INCRA/MS, teve responsabilidade na conclusão intempestiva do Plano de Desenvolvimento do Assentamento (PDA) Itamarati I, aplicando-lhe a multa combatida nestes autos.

4. A autoridade impetrada prestou informações, sustentando a inocorrência da prescrição e a legalidade do ato apontado como coator (e-doc. 81).

5. A medida liminar foi deferida, restando suspensa a exigibilidade da multa (e-doc. 89).

6. A Advocacia-Geral da União interpôs agravo contra a decisão monocrática, alegando, inicialmente, o descabimento do mandado de segurança, dada a necessidade de dilação probatória para a resolução do caso concreto. Sustentou, ademais, que, mesmo a se admitir a aplicabilidade da Lei nº 9.873/1999, o termo inicial para a contagem do prazo deve ser fixado no momento em que o TCU tomou conhecimento das irregularidades, posteriormente apuradas e confirmadas (e-doc. 95).

7. A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pela concessão da segurança (e-doc. 96).

21/03/2017
PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. O mandado de segurança, impetrado contra a imposição de multa pelo TCU, está fundado em dois argumentos: a) prescrição da pretensão administrativa sancionadora; b) ausência de responsabilidade do impetrante pela conduta sancionada.

2. Para a análise do primeiro argumento, é preciso antes determinar qual o prazo prescricional para que o TCU exerça sua competência sancionadora. A matéria ainda não foi examinada especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

3. A Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), ao prever a competência do órgão de contas federal para aplicar multas pela prática de infrações submetidas à sua esfera de apuração (art. 58), deixou de estabelecer prazo para o exercício do poder punitivo.

4. Ainda assim, é praticamente incontroverso o entendimento de que o exercício da competência sancionadora do TCU é temporalmente limitado. A prescrição é instituto diretamente ligada ao princípio geral da segurança das relações jurídicas, que tem por decorrência, salvo hipóteses excepcionais, a regra da prescritibilidade, em qualquer ramo jurídico (nesse sentido, é antiga a jurisprudência do STF, ilustrada, *v.g.*, no MS 20069, Rel. Min. Cunha Peixoto).

5. Essa premissa, a propósito, deriva da norma do art. 37, §5º, da Constituição, segundo a qual cabe à lei estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, restando ressalvadas apenas as respectivas ações de ressarcimento.

6. Consideradas a regra da prescritibilidade e a ausência de previsão expressa de prazo prescricional na sua Lei Orgânica, o TCU debateu longamente o tema, tendo-se formado, no âmbito daquele órgão, duas correntes interpretativas, destacadas no Acórdão nº 1.441/2016.

7. Para a primeira, que veio a prevalecer no TCU, à falta de regra expressa sobre o tema deve ser aplicada a regulação do Código Civil, notadamente o prazo de 10 (dez) anos (CC, art. 205). O termo inicial do prazo, por sua vez, seria fixado no momento da irregularidade detectada, de acordo com o art. 189 do CC.

8. Já para a segunda corrente, a lacuna deve ser colmatada através da aplicação do prazo de 5 (cinco) anos, previsto em diversas normas de direito público. O termo inicial do prazo, para essa corrente, seria o momento do conhecimento dos fatos pelo TCU, porquanto, antes disso, não se poderia falar em inércia de sua parte.

9. Pois bem. A meu ver, a prescrição da pretensão sancionatória do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999 – que regulamenta a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. Essa conclusão está embasada em *dois fundamentos*.

10. *Primeiro fundamento*: a Lei nº 9.873/1999, se corretamente interpretada, é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, não se fazendo necessária colmatação de suposta lacuna através de analogia.

11. Esse fundamento decorre do caráter geral da Lei nº 9.873/1999 em matéria de direito administrativo sancionador, sendo sua disciplina aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal, exceto àqueles âmbitos em que existente uma regulamentação própria. Explico.

12. É verdade que, por um lado, o art. 1º da referida lei alude à ação punitiva “no exercício do poder de polícia” e, por outro lado, a atuação do TCU examinada nestes autos não se qualifica, em sua acepção clássica, como exercício do poder de polícia – o qual se caracteriza apenas pela restrição da liberdade e da propriedade dos particulares em prol do interesse público. De fato, na atividade de controle externo, o TCU fiscaliza a própria atuação estatal em relação a gestores de recursos públicos.

13. Não obstante, já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador¹.

14. Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, *caput*); do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, *caput*, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e LIV)².

15. Portanto, é mais correto dizer, a rigor, que a Lei nº 9.873/1999 regula a ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder administrativo sancionador – e não no exercício do poder de polícia, o qual abarca medidas preventivas de proteção de interesses públicos, mas não a aplicação de sanções.

¹ Nesse sentido, entre outros, cf. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006. p.174; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016. p.107-112.

² Cf. BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal. *Revista de direito administrativo contemporâneo*. São Paulo: RT, nº 2, vol. 11, ago. 2014. p.13-14.

16. Também da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 9.783/1999 se extrai sua vocação regulatória geral da prescrição do exercício da competência sancionadora da Administração Pública.

17. O artigo 5º, por exemplo, prevê que “O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”. Ora, nem infrações de natureza funcional nem procedimentos de natureza tributária possuem relação com o poder de polícia estatal, de sorte que, se a Lei nº 9.783/1999 se limitasse a regular a prescrição no âmbito do exercício do poder de polícia, esse dispositivo seria absolutamente inócuo.

18. O art. 1º–A, por sua parte, prevê prazo prescricional de cinco anos para a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito não tributário, decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor. Essa previsão, como se vê, aplica-se a qualquer crédito não tributário decorrente de aplicação de multa, não apenas àqueles constituídos “no exercício do poder de polícia”.

19. Finalmente, uma interpretação histórica, segundo a vontade do legislador, confirma a concepção aqui proposta. Lê-se, a propósito, na exposição de motivos (EM 400/MF) da Medida Provisória nº 1708/1998 – que posteriormente, após reedições, viria a ser convertida na Lei nº 9.873/1999 – que a regulamentação proposta “uniformiza a questão da prescrição no âmbito da Administração Pública Federal”.

20. A aplicação de multas pelo TCU se insere evidentemente no exercício da competência sancionadora da Administração Pública Federal – como, aliás, já expressamente afirmado pelo STF (RE 190985, Rel. Min. Néri da Silveira) –, de sorte que a prescrição da respectiva pretensão punitiva deve ser regida pela Lei nº 9.783/1999.

21. Portanto, não há necessidade de aplicação analógica da Lei nº 9.873/1999 à ação punitiva do TCU, sendo suficiente para a resolução do caso concreto a sua simples interpretação e aplicação direta.

22. *Segundo fundamento*: ainda que não fosse diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, a Lei nº 9.873/1999 representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia.

23. Sobre este ponto, friso, inicialmente, que, conforme já defendi em estudo acerca do tema, o direito administrativo tem autonomia científica, razão pela qual não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo³.

24. Assim, à falta de norma regulamentadora, o prazo prescricional referencial em matéria de direito administrativo deve ser de cinco anos, como decorrência de um amplo conjunto de normas: Decreto nº 20.910/32, art. 1º; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei nº 6.838/1980, art. 1º; Lei nº 8.112/1990 (“Regime jurídico dos servidores públicos civis federais”), art. 142, I; Lei nº 8.429/1992, art. 23; Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), art. 43; Lei nº 9.783/1999; Lei nº 12.529/2011 (“Lei antitruste”), art. 46; Lei nº 12.846/2013 (“Lei anticorrupção”), art. 25; entre outros.

³ A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.495-532.

25. A larga uniformidade encontrada nas referidas normas a respeito do prazo de cinco anos, entretanto, não se repete quanto a outros aspectos da regulação da prescrição.

26. Assim, por exemplo, quanto ao termo inicial, o prazo para a aplicação da sanção aos servidores públicos civis federais pela prática de infrações funcionais começa a correr “da data em que o fato se tornou conhecido” (Lei nº 8.112/1990, art. 142, p. ún.); para os advogados, o prazo para a aplicação de sanção disciplinar se conta “da data da constatação oficial do fato” (Lei nº 8.906/1994, art. 43); para os demais profissionais liberais, o prazo prescricional é contado “da data da verificação do fato respectivo” (Lei nº 6.838/1980, art. 1º). O mesmo se diga em relação às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, à previsão de prescrição intercorrente etc.

27. A solução que se afigura mais adequada, a meu ver, não é a criação de um regime híbrido para regular a prescrição da pretensão administrativa sancionadora exercida pelo TCU, mas a aplicação integral da regulação estabelecida pela Lei nº 9.783/1999.

28. Como exposto, essa lei regulamenta, de modo genérico, a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, “no exercício do poder de polícia”. A razão de ser da norma é impedir que as pessoas submetidas ao poder de polícia fiquem eternamente sujeitas à possibilidade de aplicação de sanções administrativas.

29. No caso concreto, examina-se a aplicação de multa pelo TCU àqueles submetidos à sua fiscalização. Também em relação a estas pessoas, o princípio da segurança jurídica impõe a extinção da pretensão punitiva em razão do decurso do tempo. Como já reconhecido pela doutrina há bastante tempo, a alegação de uma suposta “relação de sujeição especial” com a Administração Pública não pode servir de subterfúgio retórico para a violação de direitos fundamentais.

30. Presente o mesmo fundamento jurídico, idêntico deve ser o regime jurídico. Diante da existência de norma de características tão próximas ao caso examinado, não se justificaria, por exemplo, pretender aplicar analogicamente a regulamentação do Decreto nº 20.910/1932, referente ao prazo prescricional das ações movidas contra a Fazenda Pública.

31. Pois bem. Aplicando-se, seja por interpretação direta seja por analogia, a regulamentação da Lei nº 9.783/1999 ao caso concreto, verificam-se os seguintes marcos temporais: a) o impetrante foi sancionado por conduta omissiva, na medida em que teria, segundo o TCU, deixado de concluir tempestivamente Plano de Desenvolvimento do Assentamento Itamarati I, na condição de Superintendente do INCRA/MS, cargo que deixou de exercer em 13.02.2003 (e-doc. 74); b) em 16.05.2007, por meio do Acórdão nº 897/2007, o TCU, ao conhecer de solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, determinou a realização de auditoria na Superintendência Regional do Incra em Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a regularidade dos recursos federais aplicados na operacionalização dos Assentamentos Itamarati I e II (e-doc 3, fl. 2); c) em 11.09.2008, o

impetrante foi notificado para apresentar justificativa, nos termos do art. 12, III, da Lei Orgânica do TCU (e-doc 11, fl. 169); d) na sessão de 15.02.2012, foi proferido o Acórdão nº 356/2012, por meio do qual o Plenário do TCU condenou o impetrante ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (e-doc 37, fl. 30); e) na sessão de 13.03.2013, através do Acórdão nº 516/2013, o valor da multa foi reduzido para R\$5.000,00 (e-doc 63, fl. 37).

32. Estabelece o art. 1º da Lei nº 9.873/1999 que o prazo prescricional se inicia “da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. Considerando que a conduta imputada ao impetrante possui natureza omissiva, a infração deve ser tida como permanente, somente tendo cessado com a exoneração do impetrante do cargo, o que ocorreu com a publicação da respectiva portaria em 13.02.2003. Este é, portanto, o termo inicial da prescrição.

33. De acordo com o art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999, a prescrição da ação punitiva se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato”. A irregularidade atribuída ao impetrante foi apurada através de auditoria realizada pela Superintendência Regional do INCRA/MS. Tal auditoria foi determinada pelo TCU através do Acórdão nº 897/2007, prolatado na sessão de 16.05.2007. Ao determinar a realização da auditoria, o TCU indubitavelmente praticou ato inequívoco a importar a apuração do fato, interrompendo, portanto, a prescrição, antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos.

34. Em 11.09.2008, o impetrante foi notificado para apresentar justificativa, nos termos do art. 12, III, da Lei Orgânica do TCU (e-doc 11, fl. 169). A notificação do investigado por possível irregularidade é causa de interrupção da prescrição da ação punitiva, nos termos do artigo 2º, I, da Lei nº 9.873/1999.

35. Posteriormente, na sessão de 15.02.2012 – mais uma vez antes de completado o lapso temporal de 5 (cinco) anos –, foi proferido o Acórdão nº 356/2012, por meio do qual o Plenário do TCU condenou o impetrante ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00. Trata-se de decisão condenatória recorrível, que também interrompe o prazo prescricional (Lei nº 9.873/1999, art. 2º, III).

36. Conclui-se, portanto, que, aplicadas as normas da Lei nº 9.873/1999, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao impetrante.

37. O segundo argumento que embasa o mandado de segurança consiste na suposta ausência de responsabilidade do impetrante pela conclusão intempestiva do Plano de Desenvolvimento do Assentamento (PDA) Itamarati I.

38. Sobre este argumento, destaco inicialmente que, dada a cognição restrita que caracteriza o rito do mandado de segurança, o exame judicial sobre a decisão do Tribunal de Contas recai apenas sobre eventual ilegalidade constatável a partir apenas da prova documental existente nos autos (*cf.*, por exemplo, MS 31046, Rel. Min. Cármen Lúcia).

39. A alegada ausência de responsabilidade decorre, segundo o impetrante: a) da circunstância de que a conclusão do PDA somente ocorreu após a sua exoneração do cargo de Superintendente Regional do INCRA; b) da falta de competência do Superintendente Regional do INCRA para a elaboração de PDAs; c) da inexistência de prazo para a conclusão dos PDAs.

40. A alegação de que a conclusão do PDA somente se efetivou após a exoneração do impetrante do cargo não é suficiente para afastar a sua responsabilidade. O impetrante foi punido pela omissão, enquanto ocupante do cargo de Superintendente do INCRA/MS, da prática de um ato que lhe incumbia – não pela prática do ato.

41. Quanto às alegações de inexistência de prazo e de ausência de competência do Superintendente do INCRA para a conclusão dos PDAs, o impetrante ressalta, inicialmente, que o art. 17 da Lei nº 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais sobre a reforma agrária, não estabeleceu prazo para a elaboração do plano.

42. Por sua vez, o art. 3º, I, da Norma de Execução nº 2, de 28 de março de 2001, do INCRA, previa que o PDA somente seria aprovado após a concordância dos assentados. O artigo 7º do mesmo ato normativo, em seus incisos I e VII, previa que caberia à empresa ou entidade credenciada elaborar o PDA e supervisionar e acompanhar o projeto de assentamento pelo período de três anos.

43. Diante dessas normas, defende o impetrante que não era sua a competência para a elaboração do PDA; sua atribuição consistia, apenas, em designar a comissão que realizaria os trabalhos, bem como celebrar convênios e subsidiar as empresas para que estas elaborassem e acompanhassem o PDA.

44. A seu ver, teria o impetrante se desincumbido adequadamente de suas obrigações. Ressalta que, de acordo com o art. 8º da Norma de Execução nº 2, de 28 de março de 2001, do INCRA, era a empresa contratada quem deveria concluir a elaboração do PDA em três meses. Destaca, ademais, que a elaboração do PDA somente poderia ocorrer após a definição de quem seriam os assentados, pois estes teriam de concordar com o plano.

45. Por sua vez, foi a seguinte a fundamentação adotada pela auditoria do TCU – referente ao impetrante e a Luis Carlos Bonelli, que se encontravam na mesma situação fática, embora em diferentes períodos – e acolhida pelo Plenário do Tribunal para a aplicação da sanção (e-doc. 36, fl. 73):

50.1. As razões de justificativas apresentadas pelo Sr. Luiz Carlos Bonelli fundamentam-se na inexistência de prazos estabelecidos para a conclusão dos PDAs e no fato de sua responsabilidade limitar-se em designar comissões ou grupos para a realização dos trabalhos, a celebração de convênios e subsidiá-los para que as empresas de assistência técnica elaborassem e acompanhassem o PDA.

50.2. Demonstrando-se totalmente infundadas tais alegações, podemos compreender o motivo pelo qual ocorreram outras falhas no Projeto de Assentamento Itamarati, tais como apresentadas em itens anteriores, que por ausência de Planejamento, não se tem a efetividade que se espera do Projeto de assentamento.

50.3. Isso porque todo trabalho, em especial aqueles de maior complexidade, necessita de um planejamento prévio. Não é diferente nos Projetos de Reforma Agrária. A partir do momento

em que o gestor entende que sua responsabilidade limita-se a contratar terceiros e a formar comissões para atuarem na consecução desse projeto, sem haver um acompanhamento e fiscalização por parte do Representante Regional do Órgão contratante, neste caso, o Superintendente, fica prejudicada a conclusão de determinado projeto.

50.4. A ausência de elaboração prévia de um PDA prejudica a conclusão dos objetivos do Projeto de Assentamento, bem como os objetivos primeiros da reforma agrária.

50.5. A alegação de ausência de responsabilidade na elaboração do PDA, porque essa tarefa seria contratada por terceiros, não prospera, pois deveria ter ocorrido acompanhamento e fiscalização pelo representante do órgão contratante na consecução do objeto contratado. A propósito, consta na Cláusula referente à execução do convênio realizado com a Fundação Cândido Rondon que o Superintendente Regional do Incra ficaria designado executor de referido Convênio.

50.6. Diante do exposto, entendemos não caberem razões às justificativas apresentadas pelo Sr. Luiz Carlos Bonelli, mantendo a irregularidade apresentada no parágrafo 49 acima, pelo que apresentamos proposta de aplicação de multa prevista no art. 58, inciso II da Lei nº 8.443, de 1992 c/c art. 268, inciso II do RITCU.

50.7. Analisadas as justificativas apresentadas pelo Sr. Celso Cestari Pinheiro, em síntese, nos mesmos termos daquela apresentada pelo Sr. Luiz Carlos Bonelli, consideramos serem insuficientes para que possam afastar as irregularidades verificadas pela equipe de auditoria, cabendo aqui os comentários elaborados nos parágrafos 50.1 e seguintes.

46. Posteriormente, ao examinar o recurso apresentado pelo impetrante, no qual reduziu parcialmente o valor da multa imposta, o TCU acolheu parecer da auditoria que assim consignou, no que tange à conduta examinada (e-doc. 73, fls. 33-34, destaquei):

O Convênio MS/5006/00 (peça 1, p. 88, a peça 2, p.9) foi assinado dentro de sua gestão, e nele se previa a elaboração de planejamento e execução (com efetivo assentamento de famílias) do que se discute neste processo, como se vê na Cláusula Primeira (peça 1, p.90). Aliás, o convênio chegou a prever, inclusive, o exercício do controle por parte do representante do Incra, como se vê na Cláusula Terceira, inciso II, alínea h (peça 1, p.92).

21. Agora, planejamento, execução e controle são, de forma sucinta, as três partes do processo administrativo, havendo significativa ordem entre elas. Isto é, primeiro se deve planejar para depois executar de forma minimamente organizada. Ainda, o controle deve ser exercido pela comparação entre o planejado e o executado, devendo este refletir aquele.

22. Desse modo, toda a cadeia de gestão estava a cargo dos integrantes do convênio no período de sua vigência. Assim, *a falta do planejamento previsto só poderia ser tida por regular no termo final do convênio se houvesse uma boa justificativa*. Como se vê na Cláusula Quarta (peça 2, p.3), *o termo final de vigência do convênio foi 31/12/2002, quando ainda não havia o PDA*.

23. Em suma, *durante a época em que este recorrente era o responsável do Incra pelo objeto do convênio, foi ajustado que o planejamento (e até as etapas posteriores) já deveria ter sido encerrado antes de 31/12/2002. Tal não ocorreu e o recorrente não apresentou qualquer justificativa para tanto, buscando elidir sua responsabilidade de forma indireta*.

24. Esse é, basicamente, o teor do documento indicado como comprobatório da inexistência de sua responsabilidade (peça 62, p.34-36). Tal documento corresponde às suas alegações de defesa no tocante a esta irregularidade (em que, resumidamente, alega que a competência pela elaboração do plano em comento é da comissão - que lhe cabia constituir - e da empresa - que lhe cabia contratar, bem como que não havia prazo expresso para a conclusão do plano - o que não é correto à luz das considerações acima, uma vez que o termo final de vigência do convênio serve de parâmetro para tanto). Frise-se que *a responsabilidade deste recorrente pelas obrigações estipuladas no convênio em comento decorre expressamente do disposto na Cláusula Sexta (peça 2, p.3)*.

25. Por todo o exposto na análise deste argumento, verifica-se que não está havendo por parte desta Corte exame do mérito da implementação da política de reforma agrária. Antes, verifica-se apenas o descumprimento de obrigações assumidas pelo recorrente. Por outro lado, mesmo que houvesse tal tipo de exame por parte do TCU, isso não seria irregular, uma vez que, pelo disposto no art. 70, da CF/88, o exame a cargo deste Tribunal, ao contrário do afeto ao Judiciário, não se restringe ao exame de legalidade.

26. Não é correto que não se pode responsabilizar este recorrente por atos praticados depois de sua exoneração quando se tem em vista que um desses atos deveria ter sido praticado antes dessa

exoneração. Ou seja, sua responsabilidade não decorre de um ato consumado, mas da omissão na prática de um ato que lhe incumbia, como visto ao longo da análise deste argumento.

27. Efetivamente existe a previsão na Norma de Execução 2, de 28/3/2001, do Incra, da necessidade da participação dos assentados para a aprovação do PDA. Isso, no entanto, não justifica a falta de elaboração deste plano na gestão deste recorrente. Se houve algo na conduta dos assentados que tenha dificultado essa elaboração, caberia ao recorrente trazer tal empecilho suportado por evidências no sentido de justificar sua omissão. No entanto, nada nesse sentido foi apresentado.

28. Não se vê como a cobrança da elaboração do PDA durante a gestão do recorrente implica exigir que descumprisse normas por que deveria balizar sua conduta. Ressalte-se que não se esperava que o então gestor elaborasse o plano sem a participação dos assentados. E se deve frisar que se houvesse tal relação de implicação, cabe ao recorrente demonstrar o caso com suporte em evidências, o que não fez.

29. Por fim, não se pode aceitar que o PDA foi elaborado em seis meses, uma vez que tardou todo o período de vigência do Convênio MS/5006/00, assinado em 8/11/2000 (peça 2, p.9) e alcançado 31/12/2002 (peça 2, p.3), período em que, como visto ao longo da análise deste argumento, deveria ter havido a elaboração do plano.

47. Em síntese, portanto, o TCU baseou-se no fundamento de que o impetrante era o responsável pelo controle do Convênio MS/5006/00, no qual se previa não apenas a elaboração de planejamento, mas o efetivo assentamento das famílias até 31.12.2002. O PDA, portanto, era apenas uma das etapas que deveria ter sido realizada na gestão do impetrante.

48. A circunstância de não ser o impetrante o responsável direto pela elaboração e conclusão do PDA não afasta a sua responsabilidade, como supervisor do processo, de fiscalizar e tomar as providências para que o plano fosse elaborado e concluído.

49. Da mesma forma, como assentado pelo TCU, a previsão da necessidade da participação dos assentados para a aprovação do PDA não justifica a falta de elaboração deste plano na gestão do impetrante, porquanto se a conduta dos assentados dificultou de alguma maneira a elaboração do PDA, caberia ao impetrante informar e demonstrar tal empecilho no intuito de justificar sua omissão. No entanto, não apresentou nenhuma justificativa nesse sentido.

50. Conforme também exposto pelo TCU, não se esperava que o então gestor elaborasse o plano sem a participação dos assentados, mas, sim, que tomasse as providências necessárias para que isso ocorresse tempestivamente.

51. Reputo, portanto, que os argumentos apresentados pelo impetrante não são suficientes – especialmente no âmbito de cognição restrita do mandado de segurança – para afastar os fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa.

52. Diante do exposto, denego a segurança, restando prejudicada a liminar anteriormente concedida. Custas pelo impetrante. Sem honorários (Lei nº 12.016/2009, art. 25, e Súmula 512/STF). Prejudicado o agravo interposto pela União.

É como voto.

21/03/2017
PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, sem prejuízo de até continuar a refletir sobre o tema – que o Ministro Luís Roberto já aponta como questão sobre a qual não existiriam, pelo que eu entendi, precedentes da Casa –, vou acompanhar o eminente Relator por entender que não se pode falar em inércia da Administração – no caso, do TCU –, quando dá, como deu na espécie, impulso ao procedimento antes que se escoasse o prazo de cinco anos.

A questão apontada no parecer – a vinculação da fluência do prazo prescricional à efetiva ciência da parte postergaria *ad infinitum* a possibilidade –, sem dúvida tem muito peso, mas o caso concreto não me parece seja o mais adequado para o debate, considerando que o impetrante, de fato, veio a ser cientificado no mês de setembro, ainda alguns meses depois.

Acompanho o eminente Relator, Presidente.

21/03/2017
PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201 / DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O prazo não é o de decadência previsto na Lei nº 9.784/1999, porque não se cogita de anulação de ato administrativo. O prazo, como ressaltado no parecer e também veiculado pelo Relator, é o da Lei nº 9.873/1999, prescricional, e não decadencial, relativo à ação punitiva.

Indaga-se: a sanção resultou de que processo envolvendo quais partes? Sem dúvida alguma, do processo que envolveu diretamente o impetrante. Nesse caso, considerado como termo inicial o dia em que deixou o cargo de superintendente e o da cientificação para defender-se, transcorreu período superior a 5 anos.

Não se pode levar em conta o que vinha sendo apurado antes, porquanto diria respeito à gestão como um grande todo, sem a ciência do impetrante. Importa saber a partir de qual momento integrou a relação processual administrativa que levou à sanção. Ele só passou a integrar, realmente, conforme salientado no parecer do Subprocurador-Geral da República que nos assiste, Dr. Paulo Gonet – que subscrevo –, em setembro de 2008, tendo deixado a Superintendência em 2003.

Defiro a ordem nos termos do parecer.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.201

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

IMPTE.(S): CELSO CESTARI PINHEIRO

ADV.(A/S): JOAQUIM BASSO (0013115/MS)

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu a ordem e julgou prejudicada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, 21.3.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 81.451 /
RIO DE JANEIRO (2017/0043808-8)**

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO

ADVOGADOS: GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ - SP124445

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE E OUTRO(S) - ES014810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADO FALSO EM CURRÍCULO *LATTES*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PECULATO-FURTO POR OMISSÃO RELEVANTE. DESCRIÇÃO FÁTICA INSUFICIENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

1 – Documento digital que pode ter a sua higidez aferida e, pois, produzir efeitos jurídicos, é aquele assinado digitalmente, conforme a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

2 – O currículo inserido na página digital *Lattes* do CNPq não é assinado digitalmente, mas decorrente da inserção de dados, mediante imposição de *login* e senha, não ostentando, portanto, a qualidade de “documento digital” para fins penais.

3 – Além disso, como qualquer currículo, material ou virtual, necessita ser averiguado por quem tem nele interesse, o que, consoante consagradas doutrina e jurisprudência, denota atipicidade na conduta do crime de falsidade ideológica.

4 – A consumação do crime de peculato-furto por meio de omissão (crime comissivo por omissão) é excepcional e, como tal, há de constar na denúncia narrativa de como a atuação do recorrente ou, melhor, de como a sua falta de ação deu causa à figura do ilícito penal.

5 – Descrição, na espécie, insuficiente que se limita a fazer constar ser o recorrente Procurador-Geral da Universidade, o que, por óbvio, não é possível aceitar. Inépcia da incoativa.

6 – Recurso provido para trancar a ação penal quanto ao crime de falsidade ideológica, por falta de justa causa, ante a constatada atipicidade e para declarar nula a denúncia, por inépcia, no tocante ao crime de peculato, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja apresentada com observância da lei processual penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.451 / RJ (2017/0043808-8)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO

ADVOGADOS: GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ - SP124445

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE E OUTRO(S) - ES014810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Em favor de FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO, foi impetrada ordem de *habeas corpus*, apontando como autoridade coatora o Juízo Federal da Primeira Vara Criminal de Vitória/ES (processo nº 0002348-11.2012.4.02.5001), que recebeu contra o paciente denúncia por práticas descritas no art. 299 e no art. 312, §1º, ambos do Código Penal.

O *writ*, visando o trancamento da ação penal, foi denegado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a teor da seguinte ementa (fls. 740/741):

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. IPL. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO. NÃO CONCORDÂNCIA DO JUIZ – ART. 28 DO CPP. FASE INQUISITÓRIA. AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SUSPEIÇÃO DO JUIZ. DENÚNCIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO FURTO. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS NÃO CONFIGURADAS. *EMENDATIO LIBELLI*. MOMENTO ADEQUADO – PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ILEGALIDADES QUE NÃO SE CONFIRMAM. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I – No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema processual misto, havendo fases inquisitoriais e fases acusatórias, sendo que, durante o Inquérito Policial, não há que se falar em contraditório nem em ampla defesa, eis que todas as provas produzidas nessa fase serão submetidas ao crivo do contraditório após o oferecimento da denúncia.

II – Não há que se falar em ilegalidade da decisão do magistrado que não concordou com o pedido de arquivamento requerido pelo MPF, eis que há expressa previsão legal – art. 28, do Código de Processo Penal – para os casos em que o magistrado não concorde com os fundamentos utilizados pelo membro do MPF, sendo os autos encaminhados ao Procurador-Geral que poderá oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

III – Inquérito não arquivado, conforme entendimento adotado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, nos termos do artigo 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93.

IV – A teor do que dispõe o art. 93, IX, da CF/1988, todas as decisões judiciais exigem fundamentação. Assim, a simples exposição das convicções do magistrado, no exercício de sua função jurisdicional, não tem o condão de, por si só, torná-lo suspeito. Para que o juiz afastasse o arquivamento, necessário se fez a exposição dos motivos pelos quais entendeu imprescindível a manutenção das investigações, razão pela qual elencou indícios da prática dos crimes de peculato furto e falsidade ideológica ao paciente, bem como indícios de autoria.

V – Incabível a alegação de atipicidade da conduta no que se refere à inclusão de dados falsos na plataforma Lattes do CNPq. Há expressa previsão em Resolução Normativa do CNPq (nº 004/2013) sobre a possibilidade de encaminhamento de notícia crime ao Ministério Público, com o fito de apurar possível crime de falsidade ideológica, no caso de serem verificadas irregularidades no preenchimento da referida plataforma.

VI – O paciente tinha conhecimento de que os valores pertencentes a UFES foram apropriados pela Fundação Ceciliano Abel de Almeida – FCAA e que sua posição de Procurador Geral da UFES lhe impunha o dever de impedir tal resultado, razão pela qual não há como descartar de plano a configuração do crime de peculato furto, em sua modalidade comissiva por omissão, tal como narrado na denúncia.

VII – Necessidade de dilação probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

VIII – Não há que se falar em desclassificação do delito de peculato furto para prevaricação quando do recebimento da denúncia, eis que o momento adequado para se proceder à *emendatio libelli*, a teor do art. 383, do CPP, é na prolação da sentença. Precedentes do STJ.

VIII – Ordem denegada.

No presente recurso ordinário, insiste a defesa no trancamento da ação penal, argumentando ser atípica a conduta do art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

A acusação, no particular, é a de que o recorrente registrou no seu currículo pessoal, inserido na plataforma digital *Lattes*, mantida pelo CNPq, regime de trabalho na UFES (Universidade Federal do Espírito Santo) de 40 horas semanais, quando, em realidade, seria de 20 horas.

Sustenta a defesa que a plataforma *Lattes* é como o *Facebook* ou o *Instagram* e, portanto, não existe “documento”, seja na acepção lata ou restrita do termo, o que denota total atipicidade da conduta.

Aduz que a informação equivocada, se, de fato, tivesse ocorrido, poderia ser facilmente verificada e, pois, eventual dado incorreto lá constante, não constitui, por si só, demonstração inarredável da existência de um documento de conteúdo falso.

Acrescenta ser a denúncia inepta, porque não descreve, de modo claro e percuciente, o objetivo da suposta falsificação, até porque manter o CNPq em engano com o dado supostamente falso não surtiria nenhum efeito, pois quem realiza avaliação de cursos superiores é a CAPES e não aquele órgão.

No tocante ao peculato-furto por omissão (art. 312, §1º, do Código Penal), verbera a defesa ser também atípica a conduta narrada pelo *Parquet* que, na verdade, teria descrito o delito de prevaricação.

No tópico, a acusação é a de que o recorrente, como Procurador da UFES teria se omitido e, com isso, causado à Universidade prejuízos, obtendo vantagem indevida, na forma de honorários advocatícios que contratara com a Fundação de Apoio Ceciliano Abel de Almeida que prestava apoio à Universidade.

O recorrente, como advogado, patrocinara Mandado de Segurança impetrado pela fundação contra o Secretário Municipal de Finanças de Vitória. Vitoriosa na demanda, a fundação obteve a liberação, em seu favor, de numerário que se encontrava depositado em juízo, do qual parte teria sido para pagamento do recorrente, ou seja, de seus honorários contratuais.

Afirma a defesa que o montante encontrava-se depositado em juízo e que não era ele da UFES, mas da FCAA – Fundação de Apoio Ceciliano Abel de Almeida, o que denota não ter ocorrido peculato-furto, sendo, pois, inepta a denúncia, porque não indica como e quando teria havido qualquer subtração de coisa alheia pelo recorrente. Está ele denunciado por peculato-furto apenas porque era ocupante do cargo de Procurador-Geral da Universidade (responsabilidade objetiva).

Se não há inépcia, falta justa causa para o crime de peculato-furto.

Assevera que os valores foram transferidos pela UFES – Universidade Federal do Espírito Santo à FCAA – Fundação de Apoio Ceciliano Abel de Almeida, para fazer face a débitos de ISS e sobre eles não detinha o recorrente nenhuma ingerência, à época, o que também se deu quando o que estava depositado em juízo foi liberado para a fundação, até porque o cargo de Procurador-Geral da Universidade não lhe impunha o dever legal de atuar para que o numerário voltasse aos cofres da UFES.

Suscitam ainda as razões recursais nulidade processual ao argumento de que não teria sido o recorrente intimado da decisão judicial que, não concordando com o pedido de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público Federal, determinou a remessa do processo à Câmara Criminal da Procuradoria-Geral da República.

Diz que a nulidade decorre do fato de ter sido subtraída do recorrente a possibilidade de ratificar e enaltecer a promoção de arquivamento que lhe era favorável naquele momento, invocando, em analogia, a Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal.

Há também nulidade, segundo o recurso, pela suspeição do juízo de primeiro grau, em virtude do comportamento que teve quando do pedido de arquivamento do inquérito. Estaria o magistrado, segundo a defesa, comprometido com a condenação do recorrente, afigurando-se, em tal contexto, nula a decisão de recebimento da denúncia.

Pede o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em face da atipicidade das condutas ou da aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente que seja declarada a inépcia da denúncia em relação a ambos os delitos imputados. Se assim não for, que seja, então, desclassificada a conduta de peculato-furto para prevaricação, reconhecendo-se, em seguida, a prescrição ou ainda acolhida a nulidade do processo por falta de intimação do recorrente da decisão judicial que não acolheu a promoção de arquivamento do inquérito ou pela falta de imparcialidade do juiz.

Os autos ascenderam a esta Corte sem contrarrazões, opinando o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso (fls. 851/855).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.451 / RJ (2017/0043808-8)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADO FALSO EM CURRÍCULO *LATTES*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PECULATO-FURTO POR OMISSÃO RELEVANTE. DESCRIÇÃO FÁTICA INSUFICIENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

1 – Documento digital que pode ter a sua higidez aferida e, pois, produzir efeitos jurídicos, é aquele assinado digitalmente, conforme a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

2 – O currículo inserido na página digital *Lattes* do CNPq não é assinado digitalmente, mas decorrente da inserção de dados, mediante imposição de *login* e senha, não ostentando, portanto, a qualidade de “documento digital” para fins penais.

3 – Além disso, como qualquer currículo, material ou virtual, necessita ser averiguado por quem tem nele interesse, o que, consoante consagradas doutrina e jurisprudência, denota atipicidade na conduta do crime de falsidade ideológica.

4 – A consumação do crime de peculato-furto por meio de omissão (crime comissivo por omissão) é excepcional e, como tal, há de constar na denúncia narrativa de como a atuação do recorrente ou, melhor, de como a sua falta de ação deu causa à figura do ilícito penal.

5 – Descrição, na espécie, insuficiente que se limita a fazer constar ser o recorrente Procurador-Geral da Universidade, o que, por óbvio, não é possível aceitar. Inépcia da incoativa.

6 – Recurso provido para trancar a ação penal quanto ao crime de falsidade ideológica, por falta de justa causa, ante a constatada atipicidade e para declarar nula a denúncia, por inépcia, no tocante ao crime de peculato, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja apresentada com observância da lei processual penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A narrativa contida na denúncia é a seguinte (fls. 68/76):

I. PRELIMINARMENTE: DE TODOS OS FATOS APURADOS NO IPL Nº 28/2012.

O Inquérito Policial em epígrafe foi instaurado a fim de apurar os crimes de falsidade ideológica (art. 299 do CP) e patrocínio infiel (art. 355 do CP), praticados, em tese, por Francisco Vieira Lima Neto.

Depreende-se da representação de fls. 02/07, formulada por Antônio José Ferreira Abikair, que Francisco seria professor da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, desde 18/08/1991, e procurador federal, desde 1994. E, que entre os anos de 2000 e 2002, o investigado teria exercido a função de coordenador do curso de direito da FINAC, sendo que entre os anos de 200 e 2003, cursava doutorado na Universidade de São Paulo – USP, recebendo bolsa da CAPES. Narra ainda, que o investigado teria inserido informações falsas em seu currículo *Lattes*, referentes à carga horária trabalhada na Universidade Federal e quanto à nomeação da função exercida na Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

Outra acusação feita foi a de exercício de advocacia administrativa ou patrocínio infiel, uma vez que o investigado, enquanto Procurador Federal da AGU lotado na Procuradoria-Geral da UFES, embora impedido de advogar além das atribuições do cargo, teria atuado como patrono da Fundação Ceciliano Abel de Almeida – FCAA.

Pois bem. Às fls. 132/135, o i. Procurador da República que atuava no caso em comento promoveu o arquivamento dos autos, em suma, ante a atipicidade de parte das condutas investigadas e a inexistência do interesse de agir em relação à suposta falsidade ideológica, que, ocorrida nos idos de 2010, restaria prescrita à vista da prescrição virtual.

A promoção de arquivamento, contudo, foi rejeitada por meio da decisão de fls. 136/148, tendo sido os autos encaminhados à Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

Ao analisar a questão (fls. 176/178-v), a Egrégia 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal - 5ª CCR, concordou com o magistrado no que concerne à prematuridade do arquivamento.

Assim, determinou o retorno dos autos à PR/ES, para adoção de diligências no intuito do perfeito esclarecimento dos fatos.

Primeiramente, por não concordar com a tese sobre a perda de interesse processual do MPF, à vista da prescrição virtual, não admitida pela 5ª CCR, apoiada em iterativa jurisprudência do STF e do STJ, determinou fosse investigado o autor da inserção de dado falso no sistema informático do CAPES a fim de comprovar a prática de falsidade ideológica pelo investigado.

No que toca à atuação em favor da FCAA, na questão atinente à isenção de ISS quanto aos serviços prestados à UFES, entendeu que o caso reclamava um estudo pormenorizado do procedimento de parcelamento da dívida existente entre a FCAA e a UFES, em razão do não recolhimento de Imposto Sobre Serviços, bem como das conclusões e informações técnicas do TCU, em cotejo com a ficha funcional do investigado, notadamente acerca de quando passou a funcionar na UFES e exerceu, ainda, a função de Procurador-Geral dessa entidade.

Sem esses dados, principalmente o devido exame do procedimento que resultou no parcelamento, bem como no segundo parcelamento, em cotejo com o objeto do processo mandamental que tramitou entre a FCAA e o fisco municipal, não seria possível precisar se ocorreu o crime de peculato-furto ou apenas a prevaricação.

Realizadas as diligências determinadas pela 5ª CCR, obteve-se, por meio do documento de fl. 219, a informação de que Francisco Vieira Lima Neto passou a ocupar o cargo de Procurador-Geral junto da UFES por força da Portaria nº 412 do Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, publicada no DOU de 08/06/2005, permanecendo incerta a data em que começou a atuar, sem cargo de chefia, como procurador da Autarquia.

Tal circunstância, contudo, não parece afastar a prática de peculato-furto por parte do investigado. Conforme será melhor demonstrado em tópico posterior, o crime não foi cometido por FRANCISCO em 2001, quando advogou para a FCAA mesmo sendo procurador federal. *A conduta típica foi cometida anos mais tarde, em 2006, quando, já inegavelmente Procurador da UFES, deixa de promover o retorno do indébito devido à UFES, em proveito próprio e da FCAA.*

FRANCISCO, na qualidade de Procurador da Universidade, tinha o dever legal de adotar as medidas necessárias para que a Fundação devolvesse os valores pertencentes à UFES. Ao invés disso, denunciado recebeu os honorários contratados, permanecendo silente com relação à devida restituição, colaborando, assim, para subtração do patrimônio da Instituição de Ensino Superior (peculato-furto comissivo por omissão).

Em sequência, somente no ano de 2008, e por provocação da CGU, a FCAA finalmente foi instada a devolver à UFES os valores que lhes foram restituídos, ocasião em que a fundação requereu o parcelamento dessa dívida.

Neste momento, FRANCISCO, como Procurador Federal da UFES, manifestou-se favoravelmente a tal parcelamento que, segundo o TCU, foi irregular.

A manifestação favorável em parecer, em detrimento de disposição legal, como apontado pelo TCU, a fim de satisfazer interesse pessoal – uma vez que em favor de fundação com a qual tinha relação particular – caracteriza, em tese, a prática do crime de prevaricação (art. 319 do CP). Contudo, considerando que a pena máxima para esse tipo é de 1 ano e que o parecer foi expedido no ano de 2008, tem-se que o crime já está prescrito por força do que dispõe o art. 109, inciso VI do CP.

Desse modo, cumpridas as diligências determinadas pela 5ª CCR, restou prescrita a prática da prevaricação (art. 319), subsistindo, por outro lado, a prática dos crimes de falsidade ideológica (art. 299) e peculato-furto (art. 312, §1º), conforme será demonstrado a partir do tópico seguinte.

II. DA FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CP)

Conforme restou demonstrado nos autos, FRANCISCO, de forma livre e consciente, inseriu dados falsos na plataforma *Lattes* (sistema informático da CAPES), com o objetivo de obter uma melhor avaliação do curso de mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, do qual seria o coordenador.

No dia 22 de fevereiro de 2010, o denunciado inseriu na plataforma mencionada informação inverídica, afirmando que trabalhava como Professor Adjunto Efetivo da UFES num regime de 40 horas semanais, quando, na verdade, seriam 20 horas (fl. 232).

A certeza de que o denunciado não trabalhava num regime de 40 horas semanais decorre do fato de este também ocupar o cargo de Procurador Federal, que possui um regime também de 40 horas (fato mencionado, inclusive, no próprio currículo lattes), donde decorre a absoluta impossibilidade de compatibilizar as duas cargas horárias. Ademais, a informação prestada pela UFES à fl. 219 dos autos é clara ao afirmar o regime de 40 horas junto da AGU e de 20 horas junto da Universidade.

As informações lançadas na plataforma *Lattes* têm relevância no sentido de subsidiarem a atuação do CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico no que diz respeito especialmente à avaliação de cursos que podem se beneficiar dos recursos de programas desenvolvidos pela autarquia.

Ao inserir na plataforma informações não condizentes com a verdade no que concerne à carga horária que cumpria como professor da UFES, o denunciado pretendeu ludibriar o CNPq nas avaliações trienais sobre o Programa de Pós-Graduação da universidade.

Assim agindo, FRANCISCO praticou o delito previsto no artigo 299 do Código Penal.

A materialidade do crime está estampada na cópia do currículo *Lattes* do denunciado, constante às fls. 75/82 do Apenso I do IPL 28/2012, da qual se extrai a certificação das informações inverídicas no dia 22/02/2010.

A autoria resta comprovada no documento de fls. 231/233 dos autos do IPL, que comprova que a inserção, no sistema informático do CAPES, foi realizada pelo CPF nº 774.879.587-87, de Francisco Vieira Lima Neto.

O elemento subjetivo do tipo, consistente no propósito de alterar verdade juridicamente relevante, está demonstrado nos autos, uma vez que o denunciado inseriu as informações falsas no intuito de obter uma melhor avaliação do curso de mestrado da UFES junto ao CNPq e, assim, lograr satisfação pessoal, já que, como declarou na ocasião de seu depoimento em sede policial, foi ele quem “coordenou o grupo de professores que criou o curso de mestrado da UFES, tendo sido o autor do projeto apresentado à CAPES e ao MEC.”

Quanto à consumação, impende observar que a falsidade ideológica trata-se de crime formal, de modo que se dispensa a ocorrência de dano efetivo, sendo suficiente que o documento ideologicamente falso tenha potencialidade lesiva, potencialidade essa inquestionável no caso em comento.

III. DO PECULATO-FURTO

O denunciado, confirmadamente Procurador-Geral da UFES desde 08/06/2005, já exercendo a advocacia pública em defesa da Autarquia desde pelo menos 2002, agiu dolosamente de maneira a permitir que dinheiro que pertencia à UFES fosse subtraído pela FCAA, tanto em proveito desta como em seu próprio proveito.

Vejamos a conduta em detalhes.

De acordo com o que restou demonstrado nos autos, no dia 19/12/2006, Francisco Vieira Lima dirigiu missiva ao Diretor-Executivo da Fundação Ceciliano Abel de Almeida, solicitando o pagamento

de importância que lhe seria devida em razão de prestação do serviço jurídico ocorrida em 15 de dezembro de 2001, relativa à elaboração de “estudos jurídicos” para a petição inicial do Mandado de Segurança 024.01.019.784-6, para reconhecimento da imunidade da FCAA contra o pagamento de ISS-QN.

Na ocasião, Francisco ressaltou que lhe era devido o “valor correspondente a 4,5% (quatro e meio por cento) do valor total dos depósitos reavidos pela Fundação”.

FRANCISCO tinha, enquanto Procurador-Geral da UFES, perfeita ciência do valor total (R\$ 1.941.607,87) que fora (indevidamente) restituído à FCAA (e não à UFES), permitindo que tal montante fosse (ilicitamente) incorporado ao patrimônio da Fundação e ao próprio patrimônio (a título de honorários). Justamente por ter conhecimento jurídico e saber da natureza da relação entre a FCAA e UFES, sendo a primeira extinta fundação de apoio à segunda, sabia que o indébito reivindicado pela FCAA em verdade era da UFES, que dispendeu recursos públicos a título de ISS-QN nas ações e projetos desenvolvidos pela Fundação.

Sabe-se que tais valores, reavidos indevidamente com auxílio do denunciado pela Fundação, na verdade não lhe pertenciam, afinal, a FCAA nunca promoveu com recursos próprios o recolhimento de ISS-QN. Conforme registrou o TCU (fls. 84, 92 dos autos do TC – 013.400/2009-3, cuja cópia segue em anexo) a totalidade dos valores necessários ao adimplemento com a Receita Municipal sempre foi suportado pela UFES, funcionando a FCAA apenas como mera repassadora da obrigação tributária.

Diante desse quadro, tem-se que esses recursos (que totalizavam, em valores da época, quase dois milhões de reais) foram incorporados irregularmente ao patrimônio da FCAA, quando deveriam ter sido restituídos integral e imediatamente à Universidade e tal incorporação só foi possível diante da conduta de Francisco Vieira Lima, que, à época, já atuava como Procurador-Geral da Autarquia prejudicada.

Assim, na qualidade de Procurador da UFES, Francisco, voluntária e conscientemente, concorreu para que fosse subtraída de seu patrimônio a expressiva quantia de cerca de dois milhões de reais (valores da época), na medida em que se omitiu no seu dever de adotar as medidas necessárias para restituição de tal montante. E isso se deu em proveito próprio (afinal, recebeu parte desse montante em honorários) e da FCAA. Ao assim agir, incorreu na descrição típica constante do artigo 312, §1º, da CF.

Repita-se que, embora não esteja certo de que estivesse legalmente incumbido de defender os interesses da UFES em 2001, quando, ilicitamente exerceu atividade privativa de advogado contratado

pela FCAA, em 2006, no momento do levantamento dos depósitos, Francisco, que estava plenamente ciente da ação proposta (até porque participou ativamente na elaboração da petição inicial), como Procurador-Geral da UFES, tinha o dever legal de impedir que os valores fossem subtraídos em manifesto prejuízo da autarquia.

Os valores subtraídos ainda pertenciam à UFES, que os tinha sob posse indireta. Tanto é assim que não houve qualquer questionamento a esse respeito pela Fundação, que se limitou, ante a dissipação do dinheiro recebido, a pretender compensação com alegados créditos que teria com a UFES.

(...)

Outro ponto que merece registro é que FRANCISCO, justamente por ter sólida formação jurídica, sabia que, por força do artigo 166 do Código Tributário Nacional, a Fundação sequer poderia pleitear a repetição do indébito independentemente de qualquer participação da UFES, muito menos poderia apropriar-se de todos os valores repassados à Fundação a título de custeio de ISS-QN.

A reprovabilidade da conduta do denunciado manifesta-se ainda nos momentos posteriores ao fato típico em si. FRANCISCO continuou a atuar nos procedimentos de reposição dos valores à UFES como se não houvesse flagrante conflito de interesses. Aprovou, na qualidade de Procurador-Geral, acordos que certamente redundaram no retardamento da volta do dinheiro público à UFES, não se sabendo, inclusive, se ao final os valores foram integralmente repostos, porque a Fundação enfrentou por vários anos dificuldades financeiras que culminaram em sua liquidação.

IV. PEDIDOS

Por todo o exposto, requer o recebimento da presente denúncia, sua autuação com o inquérito policial nº 0002348-11.2012.4.02.5001, que a instrui, bem como o seu processamento nos termos da lei.

(...)

Requer, por fim, seja o denunciado citado, interrogado e, após os trâmites legais, condenado às penas cominadas no art. 299 do Código Penal e no art. 312, §1º também do Código Penal.

Primeiramente, vejamos a descrição típica do crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal):

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

No caso concreto, como visto, a ação tida por típica estaria no fato de que o recorrente teria inserido no seu currículo, na plataforma *Lattes* do CNPq, informação falsa, afirmando que trabalhava como professor adjunto efetivo da UFES em regime de 40 horas semanais quando, na verdade, seriam 20 horas. Segundo o Ministério Público Federal, assim agiu o recorrente, visando obter uma melhor avaliação do curso de mestrado daquela instituição de ensino.

Contudo, *data venia*, não enxergo, na espécie, ação típica.

Com efeito, falta o objeto material do tipo, é dizer, o documento.

A plataforma *Lattes*, como se sabe, é virtual e nela o usuário, mediante imposição do *login* e senha, insere as informações.

Não se trata, portanto, de um escrito palpável, ou seja, um papel do mundo real, mas de uma página em um sítio eletrônico.

E, embora possa existir “documento eletrônico”, não está ele presente no caso concreto, porquanto somente pode ser assim denominado aquele constante de página ou sítio na rede mundial de computadores que possa ter sua autenticidade aferida por assinatura digital.

Nesse sentido, a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), dispõe no seu art. 1º:

Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

No Brasil, a infraestrutura de chaves públicas é de responsabilidade de uma Autarquia Federal, o ITI - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, ligado à Presidência da República.

Colhe-se do seu sítio eletrônico, aliás:

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI é uma autarquia federal, ligada a Casa Civil da Presidência da República,

que tem por missão manter e executar as políticas da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. Ao ITI compete, ainda, ser a primeira autoridade da cadeia de certificação digital – AC Raiz.

A Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 deu início à implantação do sistema nacional de certificação digital da ICP-Brasil. Isso significa que o Brasil possui uma infraestrutura pública, mantida e auditada por um órgão público, no caso, o ITI, que segue regras de funcionamento estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, cujos membros, representantes dos poderes públicos, sociedade civil organizada e pesquisa acadêmica, são nomeados pelo Presidente da República. (<http://www.iti.gov.br/institucional/43-institucional/89-o-iti> consulta realizada em 08/08/2017)

E ainda do mesmo *site*, é possível obter esclarecimentos no sentido de que a assinatura digital é um meio suficiente e idôneo para confirmar a validade jurídica de um documento na rede mundial de computadores:

O documento assinado digitalmente possui presunção de autenticidade, ou seja, de que os arquivos eletrônicos foram subscritos e encaminhados pela pessoa física ou jurídica detentora daquele certificado digital; presunção de integridade, entendida no sentido de que o documento encaminhado pelo remetente é exatamente o mesmo recebido pelo destinatário, de modo que não sofreu qualquer alteração no *iter* compreendido entre o emissor e o receptor. Caso tenha havido alguma mudança, por menor que seja (um simples espaço, por exemplo, no final de uma frase), a assinatura restará inválida.

Mas, enfim, e o terceiro atributo previsto na Medida Provisória (validade jurídica)? A validade nada mais é que a síntese do silogismo. Logo, justamente porque o documento é autêntico e íntegro, também se presumirá válido, ou seja, feito de acordo com as regras jurídicas e apto à produção de efeitos também jurídicos.

(<http://www.iti.gov.br/perguntas-frequentes/41-perguntas-frequentes/567-questoes-juridicas> - Consulta realizada em 08/08/2017).

Portanto, *in casu*, não se pode ter como documento o currículo inserido na plataforma virtual do *Lattes* do CNPq, porque desprovido de assinatura digital e, pois, sem validade jurídica.

Mas ainda que pudesse o currículo *Lattes* ser considerado um documento digital válido para fins jurídicos, especialmente aqui, para fins penais, tem-se que, como qualquer currículo, seja clássico (papel escrito) ou digital, é passível de averiguação, ou seja, as informações nele contidas deverão ser objeto de aferição por quem nelas tem interesse, o que denota atipicidade.

Assim já decidiram as duas Turmas de direito penal neste Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

PENAL. *HABEASCORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONSIDERAÇÃO DE DOCUMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS QUE COMPÕEM O TIPO. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

O documento para fins de falsidade ideológica deve ser uma peça que tenha possibilidade de produzir prova de um determinado fato, sem necessidade de outras verificações, valendo como tal por si mesma.

Simple correspondência enviada a um órgão, visando à obtenção de endereço da parte adversária, ainda que sem autorização do juízo, mesmo de modo a parecer ter sido expedida judicialmente, não configura o delito de falsidade ideológica, se nenhum dos especiais fins de agir foi objetivado.

Recurso provido para trancar a ação penal.

(RHC 19.710/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008.)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DE ENDEREÇO FALSO EM PETIÇÃO INICIAL. FATO SUJEITO À AVERIGUAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOCUMENTO PARA FINS PENAIIS. MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Já se sedimentou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a petição apresentada em Juízo não caracteriza documento para fins penais, uma vez que não é capaz de produzir prova por si mesma, dependendo de outras verificações para que sua fidelidade seja atestada.

3. A indicação de endereço incorreto em petição inicial para fins de alteração da competência para processar e julgar determinada ação não caracteriza o crime previsto no artigo 299 do Código Penal, pois a veracidade do domicílio poderá ser objeto de verificação. Precedentes.

4. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente no que se refere ao delito de falsidade ideológica, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu em idêntica situação.

(RHC 70.596/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 09/09/2016)

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci afirma que “havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante –, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso ela seja falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade.” (*Código Penal Comentado*. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, página 1.138)

E veja-se, por mais paradoxal que seja, a própria denúncia mostra a atipicidade da conduta, porquanto nela consta a impossibilidade material, real mesmo, de que pudesse o recorrente exercer a função de professor em regime de 40 horas, pois, em igual período, exercia, concomitantemente, o cargo de procurador federal, o que era de fácil constatação pela simples leitura do currículo, pois ambas as informações estavam lá consignadas.

Confira-se:

A certeza de que o denunciado não trabalhava num regime de 40 horas semanais decorre do fato de este também ocupar o cargo de Procurador Federal, que possui um regime também de 40 horas (fato mencionado, inclusive, no próprio currículo *lattes*), donde decorre a absoluta impossibilidade de compatibilizar as duas cargas horárias. Ademais, a informação prestada pela UFES à fl. 219 dos autos é clara ao afirmar o regime de 40 horas junto à AGU e de 20 horas junto à Universidade.

Neste contexto tão específico, poder-se-ia até afirmar que, sequer, dolo houve, mais se afeiçoando a incompatibilidade de horas entre a atuação de professor na UFES e a de procurador federal em um mero equívoco mesmo, constante do currículo, dada a impossibilidade, óbvia, de alguém estar em dois lugares ao mesmo tempo. A raça humana ainda não tem o dom da ubiquidade.

A falta de tipicidade, portanto, é patente.

De outra parte, quanto ao crime do art. 312, §1º do Código Penal, tenho que há inépcia da denúncia.

A descrição legal do delito é a seguinte:

Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

A conduta, portanto, do §1º é a do chamado peculato-furto, ou seja, é quando o funcionário não tem a posse direta do valor ou do bem, mas o subtrai ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da sua condição de agente público.

Ora, aqui, segundo a denúncia, teria o recorrente, com a sua omissão relevante, determinado a “subtração” de vultosa quantia (quase dois milhões de reais) que seria da UFES. Estaria, portanto, o recorrente, na qualidade de Procurador-Geral da Universidade, obrigado, por dever de ofício, a agir para que o numerário fosse prontamente repassado da FCAA para a UFES.

A Fundação Ceciliano Abel de Almeida - FCAA foi a impetrante do mandado de segurança no qual obteve, com o patrocínio do recorrente, atuando como advogado, à época, a repetição de indébito relativo ao pagamento indevido de ISS-QN.

O que fica claro pela leitura da peça acusatória é que, em 2001, não se tem certeza que o recorrente era Procurador da UFES:

Repita-se que, embora não esteja certo de que estivesse legalmente incumbido de defender os interesses da UFES em 2001, quando, ilicitamente exerceu atividade privativa de advogado contratado pela FCAA, em 2006, no momento do levantamento dos depósitos, Francisco, que estava plenamente ciente da ação proposta (até porque participou ativamente na elaboração da petição inicial), como Procurador-Geral da UFES, tinha o dever legal de impedir que os valores fossem subtraídos em manifesto prejuízo da autarquia.

Já em 2006, os valores que estavam depositados em juízo foram liberados para a FCAA, a pessoa jurídica impetrante.

A partir de então, debita a acusação omissão imprópria (crime comissivo por omissão) ao recorrente, ou seja, tinha ele o dever (Procurador-Geral da UFES) de agir para que o montante recebido pela Fundação fosse repassado à Universidade.

Nesse ponto, penso, reside o equívoco do *Parquet*.

É que, nos termos do art. 13, §2º do Código Penal, a omissão relevante é somente aquela de quem podia e devia agir para evitar o resultado.

Na hipótese de que se cuida, a atuação do recorrente como advogado da FCAA, em 2001, não é objeto da persecução penal, tampouco o recebimento dos consequentes honorários advocatícios, embora conste na denúncia que teria engendrado, no particular (patrono do mandado de segurança), ato "ilícito".

Se assim é, a atuação do recorrente ou a falta dela deveria ter sido melhor esmiuçada, com descrição fática palpável. Limita-se a acusação a afirmar que o recorrente omitiu-se, mas não como teria isso se dado. Não há qualquer referência aos estatutos da FCAA ou da UFES, tampouco de seus gestores, nem como deveria ser a atuação do Procurador da Universidade de modo concreto, até porque é da própria incoativa que não se sabe se os valores foram integralmente repostos, sendo certo que a Fundação enfrentou diversas dificuldades financeiras que resultaram na sua liquidação. Portanto, até que ponto teria sido, de fato, a omissão do recorrente, por si mesma considerada, a causa eficiente dos valores terem ficado no patrimônio da FCAA.

Assim, a assertiva de que o recorrente sabia do mandado de segurança e do recebimento pela FCAA do montante auferido naquela via judicial, por si só, sem maiores demonstrações, não se afigura com aptidão para colocá-lo na linha de desdobramento dos acontecimentos, em ordem a poder imputá-lo omissão eficaz para desencadear a consumação da figura típica irrogada, até porque o delito é, precipuamente, comissivo, admitindo-se a sua consumação por omissão, no dizer de Nucci, *excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, §2º, CP)*. (Obra citada, página 1.169)

Neste passo, é de bom alvitre trazer a contexto o §2º do art. 13 do Código Penal:

§2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Vê-se, pois, que a demonstração da omissão relevante está jungida a diversos termos legais e conceitos abstratamente previstos que necessitam ser, no caso concreto, demonstrados pela acusação, tarefa que não desempenhou a contento, conforme os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal.

Nessa linha de raciocínio, leciona Cezar Roberto Bittencourt:

8.2 Crimes omissivos impróprios

Nestes crimes o dever de agir é para evitar um resultado concreto. O agente deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios) há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, conseqüentemente, a presença de umnexo causal entre a ação omitida (esperada) e o resultado. (*Código penal comentado*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, página 42)

Do modo como tudo está descrito pelo Ministério Público Federal, terá o recorrente que se defender do fato de ser Procurador-Geral da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, o que, por óbvio, não se pode admitir.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para trancar a ação penal quanto ao crime de falsidade ideológica, por falta de justa causa, ante a constatada atipicidade e para declarar nula a denúncia, por inépcia, no tocante ao crime de peculato, sem prejuízo de que outra incoativa seja apresentada com observância da lei processual penal.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0043808-8

PROCESSO ELETRÔNICO RHC 81.451 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem:00023481120124025001 00073542520164020000201600000073543
23481120124025001 73542520164020000

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO

ADVOGADOS: GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ - SP124445

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE E OUTRO(S) - ES014810

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Fé Pública – Falsidade ideológica

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, pela parte RECORRENTE: FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.007 / CEARÁ (2014/0287939-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ – APRECE

ADVOGADOS: HÉRCULES SARAIVA DO AMARAL E OUTRO(S) – CE013643

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S) – PI004138

RECORRIDO: UNIÃO

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS ALAGOANOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO MATO-GROSSENSE DOS MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO PIAUIENSE DE MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – FEMURN – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: JOÃO ULISSES DE BRITO AZEDO – PI003446

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS – PI004138

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – ANPM – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO E OUTRO(S) – SP092108

DIEGO FERREIRA – RS070720

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO PARA TUTELAR DIREITOS DOS MUNICÍPIOS EM REGIME DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária interposta pela Associação dos Municípios e Prefeitos do Estado do Ceará – Aprece contra a União, objetivando a condenação desta à complementação dos valores do Fundef. As instâncias ordinárias extinguiram o processo sem julgamento do mérito, proclamando a ilegitimidade ativa da autora.
2. A Segunda Turma deliberou afetar o julgamento à Primeira Seção.

ATUAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL

3. A autorização para associações atuarem como representantes de seus associados deve ser expressa, sendo insuficiente previsão genérica do estatuto da associação. É o que decorre da conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral: “REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial”. (RE 573.232, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, p. 19-9-2014).
4. “Nos termos da novel orientação do Supremo Tribunal Federal, a atuação das associações não enseja substituição processual, mas representação específica, consoante o disposto no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal (cf. RE 573232/SC, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2014)” (STJ, AgRg no REsp 1.488.825/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 12/2/2015)
5. No caso concreto, o termo de adesão concordando com a propositura da ação pode ser visto como a autorização exigida pelo art. 5º, XXI, da Constituição, pelo que se pode cogitar da legitimidade da associação como representante dos seus associados que expressamente subscreveram o documento. Porém, é necessário examinar se seria possível uma associação ser representante judicial de Municípios.

POSSIBILIDADE OU NÃO DE ASSOCIAÇÃO REPRESENTAR MUNICÍPIOS JUDICIALMENTE

6. Nos moldes do art. 12, II, do CPC/1973 e do art. 75, III, do CPC/2015, a representação judicial dos Municípios, ativa e passivamente, deve ser exercida por seu Prefeito ou Procurador. A representação do ente municipal não pode ser exercida por associação de direito privado. Precedentes: RMS 34.270/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011; AgRg no AREsp 104.238/CE, Relator Ministro Francisco Falcão, DJe 7/5/2012; REsp 1.446.813/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 26/11/2014; AgRg no RMS 47.806/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015.

7. “A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material (v.g.: inviabilidade de confissão, de renúncia, ou de transação) e de direito processual (v.g.: prazos especiais, reexame necessário, intimações pessoais), em face, justamente, da relevante circunstância de se tratar da tutela do patrimônio público. Nesse panorama, é absolutamente incompatível com o sentido e a finalidade da instituição desse regime especial e privilegiado, bem como da natureza das pessoas de direito público e do regime jurídico de que se revestem seus agentes políticos, seus representantes judiciais e sua atuação judicial, imaginar a viabilidade de delegação, a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual por entidade associativa, das atividades típicas de Estado, abrindo mão dos privilégios e garantias processuais que lhe são conferidas em juízo, submetendo-se ao procedimento comum” (voto do Min. Teori Albino Zavascki no RMS 34.270/MG).

8. Em qualquer tipo de ação, permitir que os Municípios sejam representados por associações equivaleria a autorizar que eles dispusessem dos privilégios materiais e processuais estabelecidos pela lei em seu favor, o que não é possível diante do princípio da *indisponibilidade do interesse público*.

9. Em *obiter dictum*, registra-se que o julgamento, naturalmente, em nada afeta aquelas ações coletivas propostas por associações de Municípios em que já tenha havido o trânsito em julgado, seja por força da autoridade da coisa julgada, seja porque o Recurso Especial, embora esteja sendo julgado pela Primeira Seção, não chegou a ser selecionado como representativo de controvérsia.

CONCLUSÃO

10. Recurso Especial não provido.

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: “A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Regina Helena Costa.

Sustentaram, oralmente, a Dra. ESTEFÂNIA VIVEIROS, pela recorrente, e os Drs. JOSE ROBERTO DA CUNHA PEIXOTO, pela recorrida, LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS, pelos interessados e Moacir Guimarães Moraes Filho, pelo Ministério Público Federal.”

Brasília, 14 de junho de 2017 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.007 / CE (2014/0287939-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ – APRECE

ADVOGADOS: HÉRCULES SARAIVA DO AMARAL E OUTRO(S) – CE013643

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S) – PI004138

RECORRIDO: UNIÃO

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS ALAGOANOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO MATO-GROSSENSE DOS MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO PIAUIENSE DE MUNICIPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FEMEM – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – FEMURN – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: JOÃO ULISSES DE BRITO AZEDO – PI003446

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS – PI004138

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – ANPM –
AMICUS CURIAE

ADVOGADOS: CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO E OUTRO(S) – SP092108

DIEGO FERREIRA – RS070720

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, *a e c*, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FUNDEF. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DE ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ.

1. Apelação interposta por APRECE - ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ em face de sentença responsável por extinguir o processo, sem resolução de mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, declinando o magistrado de primeiro grau pela ilegitimidade ativa da associação municipalista para defender direitos ou interesses dos municípios associados.

2. O entendimento desta Corte bem como do STJ é firme no sentido da ilegitimidade ativa de associação de Municípios para, em nome próprio, tutelar direitos e interesses de pessoas jurídicas de direito público. Precedente: RMS nº 34.270/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 28/10/2011 - STJ.

3. Apelação conhecida e improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 2.340-2.346, e-STJ).

A recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do artigo 6º do Código de Processo Civil, sob o argumento de que, em suma, a associação possui legitimidade extraordinária para representar judicialmente os Municípios e Prefeitos associados, em regime de substituição processual.

Contrarrazões apresentadas às fls. 2.442-2454, e-STJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.007 / CE (2014/0287939-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Histórico da demanda

Trata-se, na origem, de Ação Ordinária interposta pela Associação dos Municípios e Prefeitos do Estado do Ceará – APRECE contra a União, objetivando a condenação desta à complementação dos valores do FUNDEF, visto haver diferenças a serem recebidas pelos Municípios, a partir do cálculo entre as receitas garantidas e as receitas recebidas, de acordo com o estabelecido no Decreto 5.299/2004 e na Lei 9.424/1996.

O juiz acolheu a preliminar de mérito arguida pela União, extinguindo o feito sem resolução de mérito, visto que a Associação Autora, pessoa jurídica de direito privado, não possui legitimidade ativa para tutelar em juízo os direitos e interesses das pessoas jurídicas de direito público, em razão da indelegabilidade e irrenunciabilidade do regime de direito público próprio dos Entes Federados.

O Tribunal de origem manteve a sentença, consignando que tanto aquela Corte local como o Superior Tribunal de Justiça possuem o mesmo entendimento quanto à ilegitimidade ativa da Associação de Municípios e Prefeitos para ajuizar ação em nome de municipalidades, porquanto a Lei Adjetiva atribui ao Prefeito ou Procurador do Município essa legitimidade *ad causam*.

2. A ação foi proposta pela associação como representante processual

A inicial afirma que a ação estaria sendo proposta buscando direito alheio, mas em nome da própria associação, ou seja, em regime de substituição processual. Todavia, há invocação do art. 5º, XXI, da Constituição, que trata de instituto diverso, qual seja o da *representação processual*. A associação junta, às fls. 172-175, termo de adesão de diversos municípios concordando com a propositura da ação.

Embora se tenha entendido de forma diversa no passado, atualmente se deve compreender que, conforme a literalidade do texto constitucional, ao contrário dos sindicatos, que têm legitimidade para atuar como substitutos processuais de seus associados, na via do Mandado de Segurança Coletivo ou nas vias ordinárias, as associações só têm legitimidade para atuar como substitutas processuais em Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, *b*, da Constituição), ocorrendo sua atuação nas demais ações por meio de representação, consoante o art. 5º, XXI, da Constituição.

E autorização deve ser expressa, na forma estabelecida no art. 5º, XXI, da Constituição, sendo insuficiente previsão genérica do estatuto da associação.

É o que decorre da conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE 573.232:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. (RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG. 18-09-2014 PUBLIC. 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Nesse sentido, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AÇÃO COLETIVA. ENTIDADES ASSOCIATIVAS. REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. PRECEDENTE FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 573.232/SC.

1. A questão jurídica nos autos indaga saber se a associação agravante possui legitimidade para atuar no polo ativo da lide, quando não autorizada expressamente pelos associados.

2. O Tribunal *a quo*, com base na orientação vigente neste Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que “as associações de servidores possuem legitimidade para representar em juízo seus associados, não sendo necessária autorização expressa em assembleia dos representados”.

3. *Nos termos da novel orientação do Supremo Tribunal Federal, a atuação das associações não enseja substituição processual, mas representação específica, consoante o disposto no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal (cf. RE 573232/SC, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2014).*

4. Em vista do posicionamento supra, imperativo o retorno dos autos para que o Tribunal *a quo* enfrente a questão da legitimidade da associação agravante nos termos do recente posicionamento exarado pelo Pretório Excelso.

5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.488.825/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2015)

Diante do entendimento que venho a expor, no caso concreto, não há como cogitar da legitimidade ativa da associação autora como substituta processual dos associados sem a necessidade sequer de levar em conta que eles são Municípios.

Todavia, o termo de adesão, concordando com a propositura da ação, pode ser visto como a autorização exigida pelo art. 5º, XXI, pelo que se pode cogitar da legitimidade da associação autora como em regime de representação dos seus associados que expressamente subscreveram o documento.

Mas é necessário examinar se seria possível uma associação ser representante judicial de Municípios.

3. Possibilidade ou não de associação representar Municípios judicialmente

Nos moldes do art. 12, II, do CPC/1973 e do art. 75, III, do CPC/2015, a representação judicial dos Municípios, ativa e passivamente, deve ser exercida por seu Prefeito ou Procurador. Impossível alterar isso para que a representação se faça por associação de municípios, pelos motivos que, no RMS 34.270/MG, seu relator, eminente Ministro Teori Albino Zavascki, com o brilho que lhe é usual, aponta:

Ora, é inquestionável que as entidades associativas em geral estão legitimadas a tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei 10.016/09, art. 21). Todavia, essas normas de legitimação não podem ser interpretadas isoladamente, fora de um contexto sistemático e do cenário em que foram supostas pelo legislador. É preciso considerar que as entidades associativas são pessoas jurídicas de direito privado, cujos associados naturais são também pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Foi certamente esse o cenário imaginado pelo legislador ao editar as normas de legitimação acima indicadas. *Já a tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material (v.g.: inviabilidade de confissão, de renúncia, ou de transação) e de direito processual (v.g.: prazos especiais, reexame necessário, intimações pessoais), em face, justamente, da relevante circunstância de se tratar da tutela do patrimônio público. Nesse panorama, é absolutamente incompatível com o sentido e a finalidade da instituição desse regime especial e privilegiado, bem como da natureza das pessoas de direito público e do regime jurídico de que se revestem seus agentes políticos, seus representantes judiciais e sua atuação judicial, imaginar a viabilidade de delegação, a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual por entidade associativa, das atividades típicas de Estado, abrindo mão dos privilégios e garantias processuais que lhe são conferidas em juízo, submetendo-se ao procedimento comum. (grifei.)*

Esse é o ponto fulcral, que *não diz respeito só à via do Mandado de Segurança Coletivo*, ao contrário do que foi defendido da tribuna na sustentação oral realizada na Segunda Turma. O precedente apenas aponta que, na via mandamental, existe um fator adicional a impedir a atuação das associações de Municípios, como se vê do item 2 da ementa do julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA, EM NOME PRÓPRIO, TUTELAR DIREITOS E INTERESSES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. 1. A legitimação conferida a entidades associativas em geral para tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei 10.016/09, art. 21), não se aplica quando os substituídos processuais são pessoas jurídicas de direito público. A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material e de direito processual, insuscetível de renúncia ou de delegação a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual.

2. A incompatibilidade do regime de substituição processual de pessoa de direito público por entidade privada *se mostra particularmente evidente* no atual regime do mandado de segurança coletivo, previsto nos artigos 21 e 22 da Lei 12.016/90, que prevê um sistema automático de vinculação tácita dos substituídos processuais ao processo coletivo, podendo sujeitá-los inclusive aos efeitos de coisa julgada material em caso de denegação da ordem.

3. No caso, a Associação impetrante não tem – nem poderia ter – entre os seus objetivos institucionais a tutela judicial dos interesses e direitos dos Municípios associados.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 34.270/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011, destaqueei.)

Todavia, em qualquer tipo de ação, permitir que os Municípios sejam representados por associações equivaleria a autorizar que eles dispusessem de uma série de privilégios materiais e processuais estabelecidos pela lei em seu favor. E, como esses privilégios visam a tutelar o interesse público, não há como os Municípios disporem deles, ajuizando suas ações por meio de associações, pois o interesse público é indisponível.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA TUTELAR, EM NOME PRÓPRIO, DIREITOS E INTERESSES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Aplicam-se às pessoas jurídicas de direito público sistemática própria, observando-se uma série de prerrogativas e sujeições, tanto no que se refere ao direito material, quanto ao direito processual.

3. Nos moldes do art. 12, II, do CPC, a representação judicial dos Municípios, ativa e passivamente, deve ser exercida por seu Prefeito ou Procurador. *A representação do ente municipal não pode ser exercida por associação de direito privado, haja vista que se submete às normas de direito público. Assim sendo, insuscetível de renúncia ou de delegação a pessoa jurídica de direito privado tutelar interesse de pessoa jurídica de direito público sob forma de substituição processual.* Precedentes da Primeira Turma: AgRg no AREsp 104.238/CE, Relator Ministro Francisco Falcão, DJe 07/05/2012; RMS 34270/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28/10/2011.

4. Recurso especial parcialmente provido, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

(REsp 1446813/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 26/11/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA TUTELAR, EM NOME PRÓPRIO, DIREITOS E INTERESSES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.

1. Hipótese em que se discute a legitimidade ativa da Associação Piauiense de Municípios para defender direito de seus filiados.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado de que “a legitimação conferida a entidades associativas em geral para tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandato de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei 10.016/09, art. 21), não se aplica quando os substituídos processuais são pessoas jurídicas de direito público. A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material e de direito processual, insuscetível de renúncia

ou de delegação a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual” (RMS 34.270/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 28.10.2011). No mesmo sentido: REsp 1.446.813/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.11.2014.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 47.806/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 05/08/2015)

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial.

Tendo em vista intervenção feita pelo eminente Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em *obiter dictum*, explícito que o entendimento ora adotado em nada afeta aquelas ações coletivas propostas por associações de Municípios em que já tenha havido o trânsito em julgado. Na verdade, essa explicitação nem seria necessária, pois este Recurso Especial não está sendo julgado como representativo de controvérsia, apenas tendo tido o seu julgamento afetado à Primeira Seção.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.007 / CE (2014/0287939-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ – APRECE

ADVOGADOS: HÉRCULES SARAIVA DO AMARAL E OUTRO(S) – CE013643

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S) – PI004138

RECORRIDO: UNIÃO

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS ALAGOANOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO MATO-GROSSENSE DOS MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO PIAUIENSE DE MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – FEMURN – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: JOÃO ULISSES DE BRITO AZEDO – PI003446

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS – PI004138

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – ANPM –
AMICUS CURIAE

ADVOGADOS: CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO E OUTRO(S) – SP092108

DIEGO FERREIRA – RS070720

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, trata-se de ação coletiva proposta por entidade associativa em favor de municipalidades, objetivando o repasse pela União de valores relativos à FUNDEF.

2. Penso, Senhor Presidente, que o ideal seria que a União repassasse, no calendário, os recursos do FUNDEF a fim de dispensar os Municípios diretamente, ou mediante interposição associativa, da cobrança desses recursos.

3. Não há, absolutamente, infringência alguma a nenhuma prerrogativa da Fazenda Pública Municipal. Essa entidade atua em juízo com as possibilidades processuais de uma entidade privada. A meu ver, Senhor Presidente, o que favorece a adoção dessa técnica é o barateamento de custos, a pulverização de riscos, o sentimento associativo e o prestígio das ações coletivas.

4. Tenho a impressão, Senhor Presidente, que a reação contra a atuação de uma entidade associativa de município tem um fundamento exclusivamente argumentativo; isso é benéfico para todos. O ideal seria não precisar promover qualquer ação. Num Município isolado, por exemplo, Juazeiro do Norte, interior do Ceará, agora é que há uma Procuradoria organizada. Mas há Municípios tão pequenos, Ministro HERMAN BENJAMIN, como Russas, Tabuleiro do Norte, Morada Nova, São João do Jaguaribe, Belto Santo, Pereira e Iracema, que não têm condições de enfrentar uma ação contra a União.

5. Essa Associação a que me referi atua de maneira proveitosa para os Municípios. O ideal seria que não precisasse atuar, que não houvesse o atraso do pagamento do FUNDEF, que a União repassasse pontualmente. Desta forma, nem haveria necessidade de um Procurador, nem de Advogado contratado, nem de Associação, nem de ações contra a União. Mas a União, por razões que desconheço, incorre nessa mora, obrigando alguns Municípios e Capitais a entrarem diretamente com ações, como os grandes Municípios do Ceará, a exemplo de Sobral, Barbalha, Juazeiro, Crato, Missão Velha; diversamente de outros, de pequeno porte, que entram mediante uma Associação. Então, infere-se que esses Municípios são deslegitimados ou a associação é deslegitimada.

6. Penso que esse entendimento produz resultados prejudicantes para todos. Nem há reação dos Procuradores Municipais contra isso; e deveria haver. Uma Associação de Procuradores deveria se rebelar contra tal situação. Entretanto não se manifestam, e os Municípios ficam na penúria, não recebem os repasses do

FUNDEF e têm que entrar com uma ação judicial contra a União, com todos aqueles percalços, com aquelas demoras, com as dificuldades que todos conhecemos. A troca de quê? Quem atuará contra a União? Cada Município isoladamente? Será que isso é razoável? Isso está de acordo com os princípios da economia, da celeridade, da justiça? Penso que não.

7. No caso, volto a dizer, não há restrição alguma a nenhum privilégio da Fazenda Pública Municipal. Se houvesse essa possibilidade, é evidente que o Juiz não permitiria qualquer restrição aos direitos do Município. Não se pode imaginar que a Associação tenha prazos privilegiados, que não haja revelia para ela.

8. Muitos Municípios do Ceará atuam em sistema de consórcio para vigilância contra o banditismo, que, no interior do Ceará, está absolutamente desenfreado, bem como em outros Estados, atuando na preservação de estradas, captura de animais soltos, conserto de buracos em rodovias etc. Os Municípios agem de comum acordo porque não tem como comprar uma patrol, por exemplo. Então se associam a outros Municípios, como fazem Tauá, Cococi e Mucambo. Juntam-se, compram a patrulha e executam as obras nessas regiões. É mais ou menos a mesma lógica que vemos aqui. Vivemos o individualismo cultural exacerbado que não tolera as associações, o associativismo. Não valorizamos, por exemplo, as cooperativas. Tratamos as cooperativas como se fossem empresas, com aplicação de tributação, inclusive.

9. Senhor Presidente, as circunstâncias apresentadas exprimem o ponto que pretendia ponderar. Sei que essas minhas reflexões são absolutamente descartáveis. O que defendo é, exclusivamente, celerizar o pagamento do FUNDEF aos Municípios. Se a União pagasse sem a intermediação de uma ação judicial seria o ideal. Não haveria necessidade de se propor ação judicial caso houvesse o pagamento regular, espontâneo, natural, calendarizado. De fato, não haveria esse problema.

10. Essa é a questão que eu queria expor para deixar consignado que essa ação coletiva dos Municípios traz proveito para todos e prejuízo a ninguém. A meu ver, ninguém perde com isso.

11. Peço vênha para ficar vencido e dar provimento ao Recurso Especial da ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO Documento: 1595668 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado - DJe: 06/09/2017 Página 14 de 20 Superior Tribunal de Justiça CEARÁ - APRECE.

12. É como penso. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2014/0287939-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.503.007 / CE

Números Origem: 00168947820074058100 200781000168946

PAUTA: 22/03/2017

JULGADO: 26/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ – APRECE

ADVOGADOS: HÉRCULES SARAIVA DO AMARAL E OUTRO(S) – CE013643

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S) – PI004138

RECORRIDO: UNIÃO

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS ALAGOANOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO MATO-GROSSENSE DOS MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO PIAUIENSE DE MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – FEMURN *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: JOÃO ULISSES DE BRITO AZEDO – PI003446

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS – PI004138

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições – Contribuições Especiais – FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. JOSÉ ROBERTO DA CUNHA PEIXOTO, pela recorrida.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.007 / CE (2014/0287939-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Senhor Presidente, gostaria de registrar uma pequena observação, em homenagem aos advogados de ambas as partes, que recebi, na data de ontem, e cumprimentar os três advogados, pelo brilho da sustentação.

Realmente sensibilizei-me com o argumento em prol de pequenos Municípios brasileiros, que não teriam estrutura para ajuizar, individualmente, ações desse tipo. Neste caso, sustentou-se, da tribuna, que haveria mais de 5.500 Municípios alcançados pela decisão. Preocupou-me também porque, na medida em que se dá pela ilegitimidade ativa da Associação, esses Municípios teriam que ajuizar ações individualmente e, com certeza, já incidiria prescrição quinquenal de parcelas.

Aqui se sustentou que o precedente do Ministro Teori Albino Zavascki não se aplicaria, no caso, porque se referiria a mandado de segurança, mas os princípios ali estão colocados. Trata-se de um caso absolutamente idêntico a um precedente trazido pelo Ministro Herman Benjamin, no seu voto, ou seja, o REsp 1.446.813/CE, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado pela Segunda Turma, em 20 de novembro de 2014. A autora é a mesma Associação do processo que ora estamos julgando e ali se tratava, exatamente, de ação ordinária de cobrança de parcelas de complementação do Fundef, tal como aqui, neste caso em julgamento.

Naquela hipótese, que foi julgada pela Segunda Turma, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, o 1º e o 2º Graus rejeitaram a preliminar de ilegitimidade ativa, e o STJ deu pela ilegitimidade ativa da Associação dos Municípios, em situação absolutamente idêntica, cuja ementa registra: “A representação do ente municipal não pode ser exercida por associação de direito privado, haja vista que se submete às normas de direito público. Assim sendo, insuscetível de renúncia ou de delegação

a pessoa jurídica de direito privado, tutelar interesse de pessoa jurídica de direito público sob forma de substituição processual.” E a ementa cita precedentes, invocando, inclusive, o do Ministro Teori Albino Zavascki.

Assim, em homenagem aos precedentes e cumprimentando os advogados pela sustentação oral, acompanho o voto do Ministro Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2014/0287939-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.503.007 / CE

Números Origem: 00168947820074058100 200781000168946

PAUTA: 14/06/2017

JULGADO: 14/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E PREFEITOS DO ESTADO DO CEARÁ – APRECE

ADVOGADOS: HÉRCULES SARAIVA DO AMARAL E OUTRO(S) – CE013643

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S) – PI004138

RECORRIDO: UNIÃO

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS ALAGOANOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO MATO-GROSSENSE DOS MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: ASSOCIAÇÃO PIAUIENSE DE MUNICÍPIOS – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM – *AMICUS CURIAE*

INTERES.: FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – FEMURN – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: JOÃO ULISSES DE BRITO AZEDO – PI003446

LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS – PI004138

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – ANPM – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADOS: CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO E OUTRO(S) – SP092108

DIEGO FERREIRA - RS070720

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições – Contribuições Especiais – FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, a Dra. ESTEFÂNIA VIVEIROS, pela recorrente, e os Drs. JOSE ROBERTO DA CUNHA PEIXOTO, pela recorrida, LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS, pelos interessados e Moacir Guimarães Moraes Filho, pelo Ministério Público Federal.

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, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Regina Helena Costa.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SÃO PAULO (2014/0014169-5)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: J. H. DE C.

ADVOGADO: ESTELA ROBERTA BELTRAMIN ENRIQUE E OUTRO(S) – SP194709

RECORRIDO: M. A. C. DE C.

ADVOGADO: DANIEL MASTRANGELO – SP261586

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA.

1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos.

2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio.

3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015).

4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação.

5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado.

6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017. (Data do Julgamento)

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SP (2014/0014169-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por J. H. de C. (e-STJ fls. 148-169), com fulcro nas alíneas *a* e *c* do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de Instrumento – Interposição contra decisão que indeferiu pleito de conversão do rito de separação judicial em divórcio – Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Carta Magna, não retira a vigência da legislação infraconstitucional – Recurso improvido. (e-STJ fl. 131 – grifou-se.)

Noticiam os autos que a juíza de primeira instância, com base na Emenda Constitucional nº 66/2010, concedeu a oportunidade de as partes se manifestarem acerca da possibilidade de conversão da ação de separação em divórcio. O ora recorrente concordou com a conversão do rito, enquanto a ora recorrida, após ter sido intimada em duas ocasiões, teria se manifestado contrariamente.

Todavia, diante da discordância da parte requerida, o processo prosseguiu sob o rito da separação judicial, tendo o juízo de primeira instância determinado à requerida as providências necessárias ao pagamento dos honorários periciais (decisão – fl. 16 – e-STJ).

Diante da supracitada decisão, o agravante, em suas razões, na inicial do agravo de instrumento, pugna pelo reconhecimento da preclusão consumativa, consoante dispõem os artigos 186 e 245 do Código de Processo Civil de 1973, e pela extinção do instituto da separação judicial, à luz da mencionada emenda constitucional.

O Tribunal de origem, ao não prover o agravo de instrumento, manteve incólume a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos da já citada ementa e da seguinte fundamentação:

(...) A Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o texto do §6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Na redação anterior, lia-se:

§6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 2º, parágrafos 1º e 2º) estabelece que a lei posterior somente revoga a anterior quando expressamente assim o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior, o que não ocorreu com a mudança legislativa operada pela Emenda nº 66/2010.

Restou alterado, assim, o texto constitucional anterior, que, ao prever a possibilidade de dissolução do casamento civil pelo divórcio, exigia prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Por óbvio que a intenção do legislador, ao suprimir do texto constitucional o prazo como pré-requisito para o divórcio, era simplificar os interesses dos demandantes que buscavam a dissolução definitiva do vínculo conjugal.

No entanto, a supressão do prazo não elimina do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, que continua sendo instrumento hábil para pôr fim ao matrimônio.

Antes considerado meio para a obtenção do divórcio, a separação judicial passa agora a ser uma forma autônoma de dissolução de sociedade conjugal, guardando sua característica de reversibilidade prevista no art. 1.577 do Código Civil.

Destarte, observa-se que não houve revogação pela Emenda Constitucional nº 66/2010 dos artigos do Código Civil que trata da separação judicial.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. (e-STJ fls. 135-142 – grifou-se.)

O recorrente J. H. de C. aduz no presente recurso (e-STJ fls. 148-169 e-STJ), além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 183 e 245 do Código de Processo Civil de 1973, porque as decisões que negaram a conversão da separação em divórcio teriam sido motivadas por manifestação intempestiva da recorrida.

No que tange ao dissídio jurisprudencial, aponta como acórdãos paradigmáticos recursos dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e do Paraná que retratam o seguinte entendimento: “a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, em 17.04.2010, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, extinguiu o instituto da separação, o prazo para a concessão do divórcio e, outrossim, a averiguação da culpa pelo fim do casamento” (e-STJ fl. 166).

Houve interposição de recurso extraordinário (e-STJ fls. 188-204).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 210), e admitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 215-217), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, por meio do seu representante, o Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não provimento do recurso nos termos da seguinte fundamentação:

(...) Há pelo menos três teorias a respeito das consequências da EC 66/2010:

a) não mais existe a separação judicial, apenas o divórcio, não se cogitando de prazo para sua realização; b) a separação coexiste com o divórcio, mas este não mais pressupõe a existência daquela, ou prazo de separação de fato; e c) a Constituição não mais impõe requisitos ao divórcio, deixando a tarefa ao legislador ordinário, prevalecendo o que a respeito dispõe a legislação infraconstitucional.

No nosso sentir, o efeito da indigitada Emenda foi, sem dúvida, o de desconstitucionalizar os requisitos que a Constituição julgara necessários para a decretação do divórcio, porque o legislador constituinte chamara para si a responsabilidade, diante da euforia que se poderia estabelecer com a introdução do divórcio no Brasil, de impor prazo suficiente para a melhor adaptação, entre nós, do novel instituto, diante da anterior consagração, por tanto tempo, da indissolubilidade do vínculo do casamento.

Teve-se, pois, o cuidado de concedê-lo em termos constitucionais, observado lapso temporal suficiente para que a ideia amadurecesse junto às partes envolvidas. A lei menor, evidentemente, seguiu a determinação traçada pela Lei Maior.

Quanto ao divórcio, razoável entender que se a Emenda Constitucional aboliu os prazos a que antes se referia a Carta Política emendada, não há mais a mesma exigência de prazo, não mais prevalecendo aqueles previstos na legislação subconstitucional.

Todavia, também razoável entender que a consequência acima anotada não fere de morte a separação judicial.

Com efeito, a separação judicial não foi criada pela Constituição, nem foi por ela extinta. Portanto, ela subsiste, em princípio, coexistindo com o divórcio, de acordo com a legislação infraconstitucional em vigor, até que esta seja efetivamente revogada ou caia em desuso. Permite-se, assim, aos cônjuges, a opção que sempre lhes reservou a lei nacional.

Destarte, não convindo ambas as partes, como no caso, na conversão da separação contenciosa em divórcio direto – a recorrida a isto se opôs expressamente – correta a sentença que dá prosseguimento ao processo de separação, no qual há, inclusive, reconvenção, não merecendo reparo o aresto que a mantém.

3. Diante do exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso especial. (e-STJ fls. 230-231 – grifou-se.)

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.370 / SP (2014/0014169-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia recursal a analisar se o instituto da separação judicial foi ab-rogado após o advento da Emenda à Constituição nº 66/2010.

(i) da preclusão e da falta de prequestionamento

Verifica-se que as matérias versadas nos arts. 186 e 245 do Código de Processo Civil de 1973 não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e não foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de sanar vício porventura existente.

Assim, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

(ii) do dissídio jurisprudencial: a separação judicial à luz da Emenda Constitucional nº 66/2010

A separação judicial ou extrajudicial (Lei nº 11.441/2007) é medida temporária escolhida previamente por pessoas casadas que desejam optar por uma nova vida pessoal e familiar. A escolha importa na extinção do regime de bens, do dever de fidelidade e do dever de mútua assistência (art. 1.576 do Código Civil de 2002). A despeito de colocar fim à sociedade conjugal (art. 1.571, III, do CC/2002), a separação

permite que, a qualquer tempo, aquela relação seja restabelecida (art. 1.577 do CC/2002). Porém, se assim não desejarem as partes, converte-se definitivamente a separação em divórcio, dissolvendo o casamento, nos termos dos arts. 1.577 e 1.580 do referido diploma legal.

O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do casamento que extingue o próprio vínculo (art. 1.571, §1º, do CC/2002), com reflexos sobre o estado civil da pessoa, pois autoriza que os ex-cônjuges celebrem, desde logo, um novo matrimônio, o que não ocorre com a separação.

Assim, a dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio por versarem institutos completamente distintos. O constituinte reformador não se imiscuiu no tema da separação, matéria infraconstitucional e inconfundível, obviamente, com o divórcio.

O texto constitucional originário condicionava como requisito para o divórcio a prévia separação judicial ou de fato, como se afere de sua antiga redação:

Art. 226 (...) parágrafo 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Por sua vez, a EC nº 66/2010 promulgada em 13 de julho de 2010 conferiu nova redação ao §6º do art. 206 da Constituição Federal de 1988, a saber: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A alteração constitucional não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que regula o procedimento da separação, consoante exegese do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Como se afere da sua redação, a Emenda apenas facultou às partes dissolver *direta* e *definitivamente* o casamento civil, por meio do divórcio, objeto de nova disciplina, tendo em vista a supressão do requisito temporal até então existente.

A supressão dos requisitos para o divórcio pela Emenda Constitucional não afasta categoricamente a existência de um procedimento judicial ou extrajudicial de separação conjugal, que passou a ser opcional a partir da sua promulgação.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao §6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio” (SEC nº 5.302/EX, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 12/5/2011, DJe 7/6/2011). No mesmo sentido: SEC nº 4.445/EX, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 6/5/2015, DJe 17/6/2015.

A possibilidade de discussões laterais e subjacentes ao rompimento das partes em um procedimento autônomo de separação remanesce incólume no ordenamento pátrio. Ao se permitir eventual arrependimento durante o período de separação,

preserva-se, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes. É dizer, se o casal divorciado pretender restabelecer a vida em comum poderá fazê-lo sem contrair novo casamento, sendo suficiente informar tal intenção ao juízo (art. 1.577 do CC/2002).

Constitui, como salientado por Arnaldo Rizzardo, “direito dos cônjuges não querer a extinção do vínculo conjugal, ou não aceitar o divórcio, e sim unicamente a separação da sociedade conjugal, com a faculdade futura de reconciliação e refazimento da sociedade” (*Direito de Família*. 8ª edição. Editora Forense, p.213).

Ademais, quem pode o mais (divórcio), pode o menos (separação). A Emenda Constitucional apenas facilitou a obtenção do divórcio, mudança realmente louvável, mas não excludente de outros institutos do Direito de Família.

No mesmo sentido, concluiu a Quarta Turma desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.

1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos.

2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.

3. Recurso especial provido. (REsp nº 1.247.098/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 16/05/2017 – grifou-se.)

Veja-se excerto do voto condutor:

(...) analisando a literalidade do artigo previsto na Constituição, a única alteração ocorrida foi a supressão do requisito temporal, bem como do sistema bifásico, para que o casamento seja dissolvido pelo divórcio.

Ocorreu, portanto, facilitação ao divórcio, constituindo verdadeiro direito potestativo dos cônjuges.

Ainda, o texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais,

sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também.

Entender que tal alteração suprimiu a existência da separação extrajudicial ou judicial levaria à interpretação de que qualquer assunto que não fosse mais tratado no texto constitucional por desconstitucionalização estaria extinto, a exemplo também do que ocorreu com a separação de fato, cuja existência não é objeto de dúvida. (...)

Dessa forma, não me parece correto o entendimento de que a separação de fato é fenômeno ao qual atribuídas consequências jurídicas, mas aqueles cônjuges que querem formalizar a separação, a fim de resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, inclusive para um futuro entendimento entre o casal, estariam impedidos de fazê-lo. (...)

Imperioso concluir, portanto, que não ocorreu a revogação tácita da legislação infraconstitucional que versa sobre a separação, dado que a EC nº 66 não tratou em momento algum sobre a separação, bem como não dispôs sobre matéria com ela incompatível.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, o Recurso Extraordinário nº 227.114/SP, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que trazia a discussão sobre o foro competente para o ajuizamento da ação de separação, reforçando a permanência do instituto no direito brasileiro.

Percebe-se, assim, que os critérios cronológico e hierárquico são insuficientes para sanar a antinomia aparente suscitada e dirimir da melhor forma a questão, devendo a especialidade orientar a interpretação dos operadores do direito para solução do caso, tendo em vista a mencionada distinção entre os institutos do divórcio e da separação, com suas respectivas repercussões jurídicas nas esferas privadas e pessoais dos cônjuges.

O que foi feito, repise-se, foi a supressão de qualquer requisito referente à separação prévia para requerer o divórcio, e não a supressão do instituto em si. *Não há conflito, portanto, entre o disposto na Constituição Federal e o prescrito na legislação infraconstitucional.*

O intuito da referida Emenda Constitucional foi, justamente, diminuir a interferência estatal na família de maneira a possibilitar a efetivação do princípio da liberdade familiar, possibilitando aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada.

Por fim, anoto que o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, em vigor no dia 18 de março do corrente ano, manteve em diversos dispositivos referências ao instituto da separação judicial, inclusive regulando-o no capítulo que trata das ações de família, artigo 693 e seguintes, e constando no próprio título da seção IV do capítulo XV, que trata dos procedimentos de jurisdição voluntária (artigo 731 e seguintes), demonstrando, novamente e de forma indiscutível, a mens legis em manter a figura da separação no ordenamento jurídico pátrio. É o que se verifica da simples leitura dos artigos 23, III, 53, I, 189, II e §2º, 693, 732 e 733, do mencionado diploma processual. (Grifou-se.)

Assim, nada obsta a que o casal, pelas mais variadas razões, ainda que religiosas, opte espontaneamente pelo rito da separação e não pelo divórcio direto, como se afere dos artigos 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, com as alterações conferidas pela Lei nº 11.441/2007.

Válido registrar, ainda, que o Estado é laico e justamente por esse motivo deve respeito à liberdade de expressão religiosa e às opções de vida pessoal de seus administrados.

Consigne-se, ademais, que nem mesmo o tabelião pode se furtar a lavrar escrituras de separação extrajudicial, após a dispensa do requisito temporal para sua conversão em divórcio, como se afere da interpretação conferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à EC nº 66/2010, a pedido do IBDFAM:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. – A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos. – Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. – Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração

da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. – Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.” (Pedido De Providências Nº 0005060-32.2010.2.00.0000. Relator: Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Requerido: Conselho Nacional de Justiça – grifou-se.)

A V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), ocorrida em 2010, aprovou, dentre outros, os Enunciados nos 514, 515, 516 e 517, que elucidam bem a questão em voga:

514 – Art. 1.571: *A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.*

515 – Art. 1.574, *caput*: *Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional nº 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.*

516 – Art. 1.574, parágrafo único: *Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.*

517 – Art. 1.580: *A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão. (Grifou-se.)*

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), posterior à Emenda, manteve, em diversos dispositivos, referências ao instituto da separação judicial (Capítulo X – Das Ações de Família – art. 693 e Capítulo XV – Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária – arts. 731, 732 e 733), o que retrata indiscutivelmente a vontade tanto do constituinte derivado reformador como do legislador ordinário de manter incólume a separação no ordenamento jurídico.

A existência de dois sistemas diferentes de divórcio é extraída do direito comparado. O primeiro deles é conhecido como o sistema “dual obrigatório”, o qual exige a prévia separação antes do divórcio. Já um segundo sistema, denominado “dual opcional”, faculta a escolha pelo divórcio direto ou pela mera separação das partes envolvidas.

O atual sistema brasileiro se amolda, como se percebe do teor da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao mencionado sistema “dualista opcional”, deixando de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato, o que facilita, de plano, a dissolução do matrimônio.

A título de exemplo, destaca-se a experiência portuguesa, em que tanto o divórcio como a separação judicial constituem procedimentos autônomos, de livre escolha dos interessados (art. 1.795º do Código Civil português). Aliás, o sistema lusitano admite a conversão da separação em divórcio, enaltecendo a possibilidade de reconciliação. A separação judicial, fruto do sistema dualista, foi, inclusive, mantida após a edição Lei nº 61, de 31.10.2008, que alterou dispositivos do Código Civil português referentes ao divórcio, que restou facilitado, a despeito da maioria católica da população.

A separação judicial também é prevista na legislação francesa, que não a exige como pré-requisito para o divórcio, previsto no país desde 1792 (<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/ditadura-separacao-ditadura-divorcio-lidar-instituicao>). Tal sistema prima pelo livre exercício da vontade privada, sem submeter os cônjuges, necessariamente, a requisitos temporais.

Da mesma forma, a Itália, país que introduziu o divórcio em 1970, por meio da Lei nº 898, acabou ampliando as hipóteses de separação judicial pela reforma do Código Civil (Lei nº 51, de 1975). Naquela oportunidade, discutiu-se a respeito da manutenção conjunta dos institutos da separação e do divórcio, prevalecendo, ao final, a concomitância de ambos, conforme assinalado por Finocchiaro, citado por Yussef Cahali:

(...) Concepire la separazione esclusivamente in funzione del divorzio contrasta con la tipica essenza dei due istituti, volti a realizzare interessi logicamente e cronologicamente distinti. La separazione non è considerata nella logica del legislatore come un divorzio a termine, ma è innanzitutto uno stato che può durare indefinitamente e che non deve sfociare necessariamente nel divorzio, ma che può concludersi anche nella ricostituzione dell'unità della famiglia. Ed è proprio in questa sua particolarità che vanno ricercati i motivi che giustificano la diversa disciplina. (Separações Conjugais e Divórcio. 12ª edição revista. Editora RT, p.74.)

(...) Conceber a separação exclusivamente em função do divórcio contrasta com a típica essência das duas instituições, que visam alcançar interesses lógicos e cronologicamente distintos. A separação não é considerada na lógica do legislador como um

divórcio “a prazo”, mas é, antes de tudo, um estado que pode durar indefinidamente e que não conduz necessariamente ao divórcio, mas que também pode ser concluído na reconstituição da unidade familiar. E é precisamente essa particularidade que se busca identificar os motivos que justificam uma disciplina diversa a ambos. (tradução livre)

Yussef Cahali afirma representar um erro deslocar a discussão para o âmbito de uma hipotética inconstitucionalidade virtual ou posterior (não recepção), posta “como pano de fundo para despistar uma questão que é elementar e óbvia: divórcio e separação judicial são institutos autônomos e distintos: o primeiro com disciplina (a partir de 1934) necessariamente de natureza constitucional; o segundo, desde a Lei do Matrimônio Civil, com sua disciplina exaurida em sede infraconstitucional” (*Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª edição revista. Editora RT, p.76).

Pode-se, então, concluir que a ruptura do casamento pode ser pelas vias judicial ou extrajudicial (neste caso, desde que inexistam filhos menores e seja consensual) nos seguintes termos: (a) dissolução simultânea do vínculo matrimonial e da sociedade conjugal pelo divórcio e (b) dissolução restrita à sociedade conjugal pela separação legal.

A propósito, válido transcrever abalizada doutrina a respeito do tema:

(...) Sobre a manutenção da separação em nosso ordenamento jurídico, retoma-se o teor da ementa da EC nº 66/2010, segundo a qual somente foram suprimidos os requisitos temporais de um ano de separação judicial ou de dois anos de separação de fato. *Não ocorreu a supressão do instituto da separação. Se pudesse ter ocorrido a eliminação da separação, chegar-se-ia à absurda conclusão que também a separação de fato estaria excluída de nosso sistema jurídico.*

Além de a separação possibilitar o restabelecimento da sociedade conjugal por meio de mera petição juntada aos autos do respectivo processo (Cód. Civil, art. 1.577), de modo que os cônjuges podem preferir essa forma dissolutória, em vez de romperem definitivamente o vínculo conjugal por meio do divórcio, a manutenção da separação é necessária em respeito ao direito fundamental da liberdade, previsto no art. 5º, VIII, como se verá a seguir.

Como direito fundamental à liberdade, consta do inciso VIII do art. 5º que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”. A eliminação da separação judicial importaria em violação a esse direito fundamental, já que há religiosos que não admitem o divórcio e somente podem

regularizar seu estado civil pela separação que não dissolve o vínculo conjugal. Isso ocorre com os Evangélicos e também com os Católicos Ortodoxos Romanos, que ficariam privados do direito à regularização de seu estado civil. No que se refere aos Católicos, o Direito Canônico admite a separação com permanência do vínculo conjugal, mas não admite o divórcio. Vide Código Canônico, Título VII – Do matrimônio, Capítulo IX – Da separação dos cônjuges, art. 2º – Separação com permanência do vínculo. Assim, eliminar a separação judicial equivaleria a retirar dos que professam a religião Católica Ortodoxa Romana o direito de regularizarem seu estado civil por meio da separação judicial, obrigando-os a permanecer como separados de fato.

Se suprimido o instituto da separação, uma de duas hipóteses obrigatoriamente ocorreria. Numa, o cônjuge que professa religião que não admite o divórcio se divorciaria e ficaria irregular perante sua crença, privado, assim, do livre exercício religioso. Noutra, o cônjuge que professa essa religião manter-se-ia sempre em separação meramente de fato e estaria irregular perante o Estado, vivendo em situação híbrida, que nunca é recomendável.

Em suma, se viesse a ser eliminada a separação, seriam desrespeitados os direitos fundamentais à regularização do estado civil em razão de crença.

Portanto, a manutenção da espécie dissolutória culposa e da separação em nosso ordenamento jurídico não está atrelada a mero debate entre divorcistas e antidivorcistas, ou entre católicos e não católicos, mas, sim, à preservação dos direitos fundamentais.

Exatamente por ser o Brasil um Estado laico, deve-se assegurar aos religiosos o exercício de seus direitos fundamentais. (...) (MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, Direito de Família*, nº 2. 43ª edição. 2016, Editora Saraiva, p.349-350 – grifou-se.)

Portanto, até que surja uma nova normatização, não se pode dizer que o instituto da separação foi revogado pela Emenda nº 66/2010.

Não se olvida, por outro lado, que ações de separação tramitam perante o Poder Judiciário, não havendo como tais processos serem interrompidos abruptamente, sem uma legislação prévia prevendo a extinção dos feitos ou ainda uma razoável *vacatio* para tanto.

Com efeito, o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias merece ser confirmado.

Por fim, oportuno citar a conclusão do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, no mesmo sentido:

(...) No nosso sentir, o efeito da indigitada Emenda foi, sem dúvida, o de desconstitucionalizar os requisitos que a Constituição julgara necessários para a decretação do divórcio, porque o legislador constituinte chamara para si a responsabilidade, diante da euforia que se poderia estabelecer com a introdução do divórcio no Brasil, de impor prazo suficiente para a melhor adaptação, entre nós, do novel instituto, diante da anterior consagração, por tanto tempo, da indissolubilidade do vínculo do casamento.

Teve-se, pois, o cuidado de concedê-lo em termos constitucionais, observado lapso temporal suficiente para que a ideia amadurecesse junto às partes envolvidas. A lei menor, evidentemente, seguiu a determinação traçada pela Lei Maior.

Quanto ao divórcio, razoável entender que se a Emenda Constitucional aboliu os prazos a que antes se referia a Carta Política emendada, não há mais a mesma exigência de prazo, não mais prevalecendo aqueles previstos na legislação subconstitucional.

Todavia, também razoável entender que a consequência acima anotada não fere de morte a separação judicial.

Com efeito, a separação judicial não foi criada pela Constituição, nem foi por ela extinta. Portanto, ela subsiste, em princípio, coexistindo com o divórcio, de acordo com a legislação infraconstitucional em vigor, até que esta seja efetivamente revogada ou caia em desuso. Permite-se, assim, aos cônjuges, a opção que sempre lhes reservou a lei nacional.

Destarte, não convindo ambas as partes, como no caso, na conversão da separação contenciosa em divórcio direto – a recorrida a isto se opôs expressamente – correta a sentença que dá prosseguimento ao processo de separação, no qual há, inclusive, reconvenção, não merecendo reparo o aresto que a mantém.

3. Diante do exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso especial. (e-STJ fls. 230-231 – grifou-se.)

(iii) do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0014169-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp Nº 1.431.370 / SP

Números Origem: 01596016220118260000 1596016220118260000

PAUTA: 15/08/2017

JULGADO: 15/08/2017

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: J. H. DE C.

ADVOGADO: ESTELA ROBERTA BELTRAMIN ENRIQUE E OUTRO(S) - SP194709

RECORRIDO: M. A. C. DE C.

ADVOGADO: DANIEL MASTRANGELO - SP261586

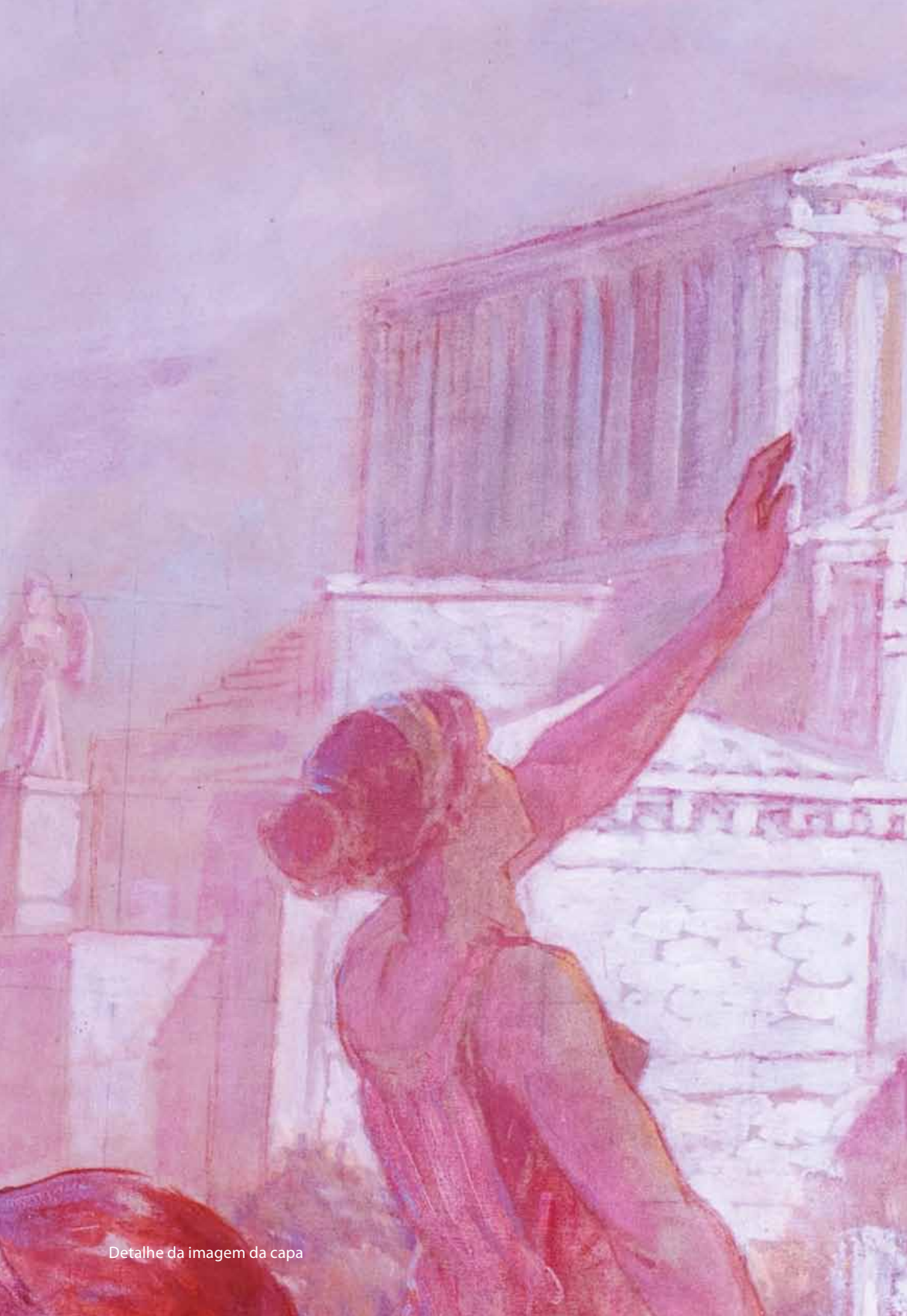
ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Casamento – Dissolução

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

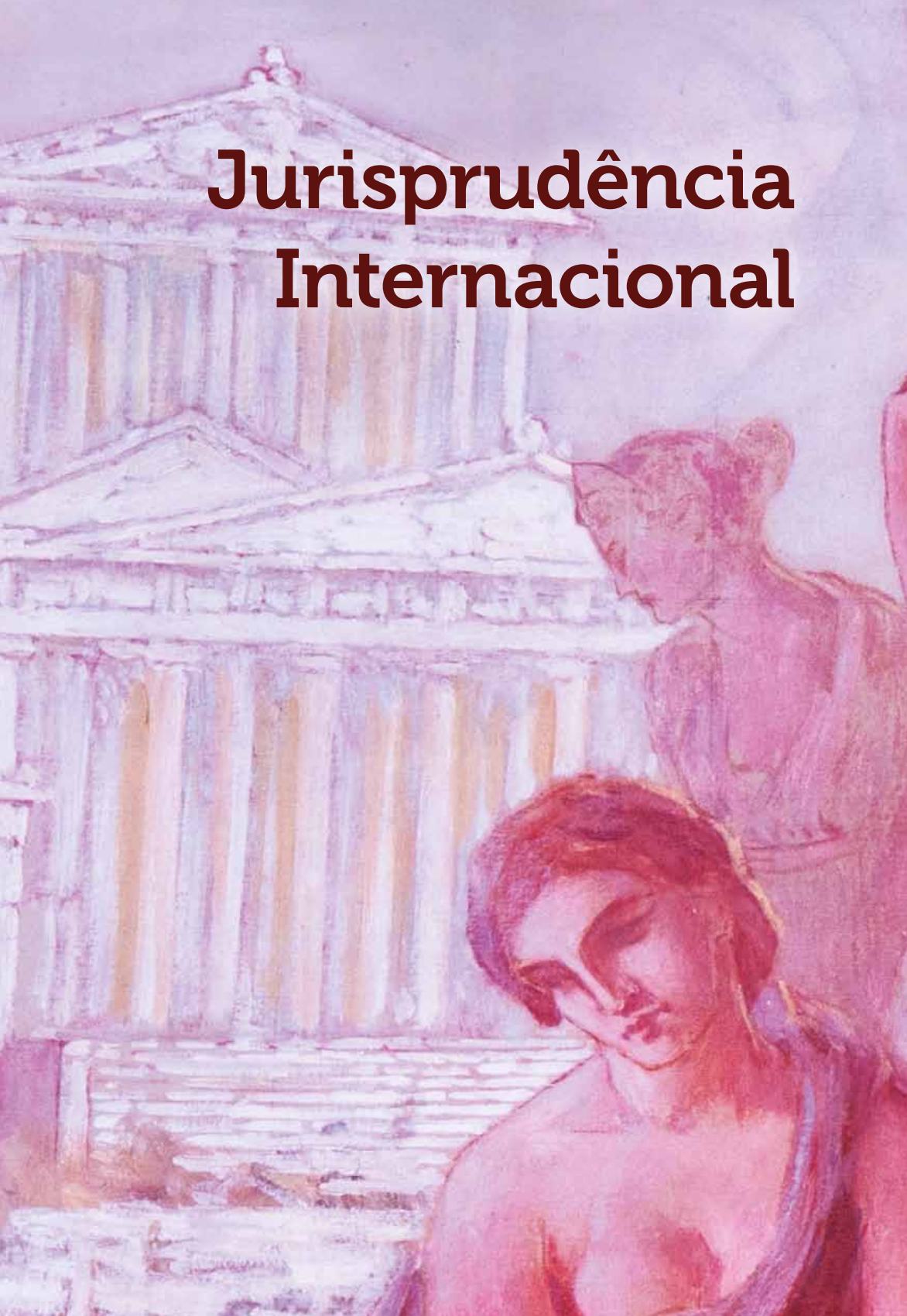
A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

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 TARAZONA ARRIETA E OUTROS VS. PERU¹

SENTENÇA DE 15 DE OUTUBRO DE 2014
(*Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*)

No caso *Tarazona Arrieta e Outros*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), composta pelos seguintes Juízes²:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;
Roberto F. Caldas, Vice-Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;
Eduardo Vio Grossi, Juiz; e
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;

Presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário; e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

Em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção Americana” ou “a Convenção”), e os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante “o Regulamento”), exara a presente Sentença, que se estrutura na seguinte ordem:

Índice

- I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA
- II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE
- III. COMPETÊNCIA
- IV. CONSIDERAÇÃO PRÉVIA
- V. EXCEÇÃO PRELIMINAR
- VI. PROVA

¹ Tradução do Conselho Nacional de Justiça: Eliana Vitorio de Oliveira, Luciana Cristina Silva dos Reis, Luiz Gustavo Nogueira Barcelos, Pâmella Silva da Cunha e Pollyana Soares da Silva; revisão da tradução de Ana Teresa Perez Costa.

² Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana, aplicável ao presente caso, o Juiz Diego García-Sayán, de nacionalidade peruana, não participou da deliberação desta Sentença. Da mesma forma, o Juiz Alberto Pérez Pérez não participou da deliberação desta Sentença por motivos de força maior.

- A. Prova documental, testemunhal e pericial
- B. Admissão da prova
- C. Valoração da prova

VII. FATOS

- A. A morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez e as lesões sofridas por Luís Alberto Bejarano Laura
- B. A investigação sobre os fatos do caso (de 9 de agosto de 1994 a 22 de maio de 1995)
- C. O arquivamento do caso (de 14 de junho de 1995 a 11 de setembro de 2003)
- D. O desarquivamento do caso (de 19 de abril de 2001 a 21 de janeiro de 2003)
- E. O processamento e condenação de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo (de 21 de janeiro de 2003 a 23 de julho de 2008)
- F. O cumprimento da condenação e das reparações às supostas vítimas (de 23 de julho de 2008 a 6 de janeiro de 2011)

VIII. MÉRITO

VIII-1. OS DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL

- A. Argumentos das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte
 - B.1. A alegada ausência de um prazo razoável dos processos internos
 - B.2. A alegada ausência da devida diligência na investigação

VIII-2. OS DIREITOS À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL DE ZULEMA TARAZONA ARRIETA, NORMA PÉREZ CHÁVEZ E LUÍS BEJARANO LAURA (ARTIGOS 4 E 5.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

- A. Argumentos das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte

VIII-3. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES DE ZULEMA TARAZONA ARRIETA, NORMA PÉREZ CHÁVEZ E LUÍS BEJARANO LAURA (ARTIGO 5 EM RELAÇÃO AO 1.1 DA CONVENÇÃO)

- A. Argumentos das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte

VIII-4. DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL, ASSIM COMO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL (ARTIGO 2 DA CONVENÇÃO AMERICANA, COMBINADO COM OS ARTIGOS 4, 5, 8 E 25)

- A. Argumentos das partes e da Comissão
 - B. Considerações da Corte
 - B.1. A Lei de Anistia de 1995
 - B.2. A legislação interna sobre uso da força
- IX. REPARAÇÕES
- A. Parte lesada
 - B. Obrigação de investigar
 - C. Medidas de satisfação
 - D. Outras medidas solicitadas
 - D.1. Medidas de reabilitação
 - D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade
 - D.3. Garantias de não repetição
 - E. Indenização compensatória
 - G. Reintegração das despesas ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas
 - H. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados
- X. PONTOS RESOLUTIVOS

I

Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia

1. *O caso submetido à Corte.* Em 3 de junho de 2013, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “escrito de submissão”) o caso nº 11.581 *Tarazona Arrieta e outros Vs. República do Peru* (doravante “o Estado” ou “Peru”). De acordo com o apontado pela Comissão, o caso se relaciona com a morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, assim como as lesões causadas à Luís Alberto Bejarano Laura, em 9 de agosto de 1994, “como consequência dos disparos por parte de um membro do Exército contra um veículo de transporte público” em que se encontravam as referidas supostas vítimas.

2. *Trâmite perante à Comissão.* O trâmite perante à Comissão foi o seguinte:

a) *Petição.* Em 22 de janeiro de 1996, a Comissão recebeu a petição inicial da Associação Pró-Direitos Humanos (APRODEH) e de Víctor Tarazona Hinojosa e Santiago Pérez Vera (doravante “os peticionários”).

b) *Relatório de admissibilidade.* Em 10 de outubro de 2001, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 83/01³.

³ Neste Relatório, a Comissão concluiu que tinha competência para conhecer da denúncia apresentada pelos peticionários e decidiu declará-la admissível pela suposta violação dos artigos 2, 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 do mesmo instrumento.

c) *Relatório de Mérito*. Em 8 de novembro de 2012, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 77/12, nos termos do artigo 50 da Convenção, (doravante “o Relatório de Mérito”), no qual chegou à uma série de conclusões e formulou várias recomendações ao Estado:

i. *Conclusões*. A Comissão concluiu que o Estado era responsável pela violação dos seguintes direitos reconhecidos na Convenção Americana:

- 1) O direito à vida, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez;
- 2) O direito à integridade pessoal, em detrimento de Luís Alberto Bejarano Laura⁴;
- 3) Os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em detrimento dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luís Alberto Bejarano Laura; e
- 4) O direito à integridade pessoal, em detrimento dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luís Alberto Bejarano Laura.

ii. *Recomendações*. Em consequência, a Comissão realizou uma série de recomendações ao Estado “levando em consideração que existe uma condenação penal transitada em julgado pelos fatos do caso e que o Estado cumpriu com o pagamento da indenização moral imposta na sentença de 23 de julho de 2008, como terceiro civilmente responsável pelos fatos”:

- 1) Reparar adequadamente as violações de direitos humanos declaradas no [Relatório de Mérito] com uma justa indenização pela demora de 14 anos nos processos judiciais, a favor dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como de Luís Alberto Bejarano Laura;
- 2) Fortalecer a capacidade de investigar com a devida diligência e oportunamente qualquer uso da força letal por parte de membros das Forças Armadas; e
- 3) Adotar as medidas necessárias para evitar que, no futuro, sejam produzidos fatos similares, conforme o dever de prevenção e garantia dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana. Em particular, mediante a implementação de programas de direitos humanos nas escolas de formação das Forças Armadas.

⁴ Não obstante, a Comissão considerou que esta violação foi reparada parcialmente ao ver condenado o suposto autor dos fatos pelas autoridades jurisdicionais competentes e por ter realizado efetivamente o pagamento da indenização moral a favor da vítima.

d) *Notificação ao Estado*. O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 3 de dezembro de 2012, concedendo-lhe um prazo de dois meses para informar a respeito do cumprimento das recomendações. O Estado solicitou uma prorrogação de três meses, a qual foi concedida. Em 20 de maio de 2013, a Comissão solicitou ao Estado peruano a apresentação de um relatório sobre o avanço do cumprimento das recomendações. Nesta mesma data, o Estado apresentou um relatório no qual considerou, entre outros, que a recomendação de conceder uma reparação aos familiares das pessoas declaradas vítimas no Relatório de Mérito pela violação das garantias judiciais e proteção judicial era “inviável”.

e) *Submissão à Corte*. Em 3 de junho de 2013, a Comissão submete à jurisdição da Corte Interamericana a totalidade dos fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito. Sem embargo, a Comissão indicou que “antes do pronunciamento de mérito, tomou conhecimento de uma sentença condenatória transitada em julgado por parte das autoridades judiciais, mediante a qual foi estabelecido as responsabilidades pertinentes, assim como o pagamento de uma indenização a favor dos familiares de [...] Tarazona Arrieta e Pérez Chávez; e [de] Bejarano Laura”, considerando que “a violação foi reparada parcialmente”. A Comissão informou que a APRODEH havia atuado como peticionário ao longo do trâmite e indicou os dados de contato.

3. *Solicitações da Comissão Interamericana*. Com base no exposto, a Comissão solicitou ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Peru pela violação dos direitos anteriormente indicados nas conclusões do Relatório de Mérito. Adicionalmente, a Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado determinadas medidas de reparação, que serão detalhadas e analisadas no capítulo correspondente.

II

Procedimento perante a Corte

4. *Notificação ao Estado e aos representantes*. A submissão do caso por parte da Comissão foi notificada ao Estado e aos representantes em 1º de agosto de 2013.

5. *Escrito de petições, argumentos e provas*. Em 6 de outubro de 2013, os representantes apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas⁵ (doravante “escrito de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento.

6. *Escrito de contestação*. Em 3 de janeiro de 2014, o Estado apresentou perante a Corte seu escrito de exceções preliminares e de contestação à submissão do caso e ao escrito de petições e argumentos (doravante “contestação” ou “escrito de contestação”)⁶, nos termos do artigo 41 do Regulamento.

⁵ Os representantes enviaram o escrito de petições e argumentos via correio eletrônico. Mediante comunicado recebido em 16 de outubro de 2013, enviaram à Corte o escrito original e seus anexos.

⁶ O Estado enviou o escrito de contestação via correio eletrônico. Em 13 de janeiro de 2014, enviou à Corte o escrito original e seus anexos. O Estado designou como Agente o senhor Luís Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado Supranacional do Estado Peruano.

7. *Escrito de observações às exceções preliminares.* Em 11 e 13 de fevereiro de 2014, a Comissão e os representantes apresentaram, respectivamente, suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado.

8. *Acesso ao Fundo de Assistência Legal.* Mediante Resolução de 22 de janeiro de 2014, o Presidente declarou procedente à solicitação interposta pelas supostas vítimas, através de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte, e aprovou que se conceda a assistência econômica necessária para a apresentação de no máximo duas declarações e uma perícia, seja em audiência ou por *affidavit*. Posteriormente, na Resolução do Presidente da Corte, de 26 de março de 2014, ficou determinado que esta assistência seria designada para cobrir os gastos de viagem e estadia necessários para que a suposta vítima, Luís Alberto Bejarano Laura, comparecesse à audiência pública a ser realizada em 22 de maio de 2014 na sede do Tribunal.

9. *Audiência Pública.* Mediante Resolução do Presidente da Corte, de 26 de março de 2014 (par. 8 *supra*), foram convocadas as partes à uma audiência pública⁷ para receber suas alegações e observações finais orais sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, assim como para receber a declaração de uma suposta vítima, uma testemunha proposta pelo Estado e um perito oferecido pela Comissão⁸. Mediante escritos de 28 de março e 21 de abril de 2014, o Estado e a Comissão, respectivamente, informaram à Secretaria da Corte que os declarantes que haviam proposto não poderiam comparecer à audiência pública e solicitaram que declarassem perante agente dotado de fé pública (*affidavit*). Dessa forma, seguindo instruções do Presidente do Tribunal, informou-se às partes e à Comissão que unicamente declararia em audiência pública Luís Bejarano Laura.

10. *Alegações e observações finais escritas.* Em 23 de junho de 2014, o Estado e os representantes apresentaram suas alegações finais escritas e anexos. Neste mesmo dia, a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas. Nos dias 24 e 25 de julho de 2014, os representantes e o Estado apresentaram, respectivamente, suas observações sobre os anexos às alegações finais escritas. A Comissão não apresentou suas observações aos mencionados anexos.

11. *Dispêndios em aplicação do Fundo de Assistência.* Em 19 de setembro de 2014, o Estado enviou suas observações ao relatório sobre os dispêndios realizados em aplicação ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas que lhe foi enviado pela Secretaria do Tribunal em 12 de setembro de 2014.

⁷ Compareceram à audiência pública as seguintes pessoas: Pela Comissão, James Louis Cavallaro, Silvia Serrano Guzmán e Jorge Meza Flores. Pelos representantes, Gisela Astocondor Salazar e Jorge Antonio Abrego. Pelo Estado Luís Alberto Huerta Guerrero, Iván Arturo Bazán Chacón e Mauricio César Arbulú Castrillón.

⁸ Os declarantes chamados a prestar depoimento em audiência pública eram: Luís Alberto Bejarano Laura, suposta vítima, Pablo Talavera Elguera, testemunha proposta pelo Estado e Nubia Serrano Wittingham, perita oferecida pela Comissão.

III Competência

12. O Peru ratificou a Convenção em 28 de julho de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 21 de janeiro de 1981. O Estado interpôs duas exceções preliminares alegando que o Tribunal não teria competência para conhecer do presente caso (par. 13 *infra*). Portanto, a Corte decidirá primeiro sobre as exceções preliminares interpostas, posteriormente, se juridicamente procedente, o Tribunal passará a decidir sobre o mérito e as reparações solicitadas.

IV Consideração Prévia

13. O Estado apresentou duas exceções preliminares, a primeira refere-se à alegada “improcedência quanto à formulação de novas alegações e argumentos apresentados pelos representantes das supostas vítimas não apresentados pela Comissão em seu Relatório de Mérito” e, a segunda, à alegação sobre a “‘quarta instância’, relacionada à pretensão de revisar soluções judiciais internas ditadas em observância ao devido processo”.

14. Em relação à primeira exceção preliminar, o Estado indicou que os representantes buscavam que “novos fatos e alegações”, invocados no escrito de petições e argumentos, fossem avaliados pela Corte e indicou que a “possibilidade de ajuizamento perante a Corte está sujeita unicamente aos fatos do Relatório de Mérito”, o qual “constitui o marco fático do processo e delimita as pretensões”. Dessa forma, indicou que os supostos novos fatos e alegações “nunca foram matéria de debate ou discussão no trâmite perante a Comissão” e solicitou que as “novas alegações e argumentos” sejam “excluídas ou omitidas na emissão da sentença de mérito”.

15. O Estado referiu-se de maneira específica às alegações dos representantes que se resumem a seguir:

- (i) O uso da força pública por parte das Forças Armadas regulado pelo Decreto Legislativo nº 1095;
- (ii) A condenação imposta pela Turma Penal Nacional à Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, supostamente sem considerar a gravidade dos deveres infringidos;
- (iii) Os familiares das supostas vítimas alegadamente não puderam impugnar a pena imposta, de acordo com o artigo 290 do Código de Procedimentos Penais;
- (iv) A pena imposta supostamente não foi proporcional ao dano causado às supostas vítimas;

(v) A pena não teria sido cumprida de maneira efetiva, pois o sentenciado Antonio Mauricio Evangelista Pinedo teria tido acesso ao benefício penitenciário de regime semiaberto, tendo cumprido apenas 1 ano e 6 meses de prisão;

(vi) Os familiares das supostas vítimas não haviam tido nenhuma intervenção no trâmite do referido benefício penitenciário e solicitaram sua revisão judicial;

(vii) Unicamente se havia processado e punido ao autor direto dos fatos, alegadamente desconsiderando que as ações desta pessoa respondiam a superiores hierárquicos, agentes estatais que supostamente não efetuaram um controle efetivo de seus subordinados; e

(viii) Não havia sido matéria de sanção a falta de auxílio às supostas vítimas do disparo.

16. Os representantes sustentaram que os fatos contestados pelo Estado não se encontram fora do marco fático e que se trata de fatos que permitem explicar, contextualizar e esclarecer os fatos que foram apresentados no Relatório de Mérito. Acrescentaram que “ambas as partes tiveram amplas possibilidades de exercer [seu] direito à defesa” a respeito, e que é “absolutamente inverídico que esses [fatos] não tenham sido debatidos no processo correspondente”. Por outro lado, a Comissão considerou que os argumentos do Estado não têm caráter de exceção preliminar, mas de uma controvérsia de mérito e que os fatos ou alegações apontadas pelo Estado guardam “relação direta” com o marco fático definido em seu Relatório de Mérito. Os representantes e a Comissão apontaram a respeito de cada uma das referidas alegações (par. 15 *supra*) os parágrafos relevantes do Relatório de Mérito.

17. De acordo com o exposto, a Corte considera que o Estado interpôs a referida exceção preliminar fazendo particular referência a alguns supostos “novos fatos e alegações” apresentados pelos representantes em seu escrito de petições e argumentos. Sem embargo, este Tribunal constata que as alegações as quais se refere o Estado, unicamente correspondem a considerações de direito e não a novos fatos, por não se tratar de uma questão de admissibilidade ou competência do Tribunal que deve ser resolvido como uma exceção preliminar, tal como foi solicitado pelo Estado.

18. De outra parte, a Corte recorda sua jurisprudência, segundo a qual a possibilidade de alterar ou variar a qualificação jurídica dos fatos objetos de um caso concreto é permitida no marco de um processo no Sistema Interamericano e que as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos compreendidos na demanda ou no Relatório de Mérito, sempre

e quando se atenham aos fatos contidos neste documento, porque são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção⁹.

19. Em consequência, a Corte considera que a interposição do Estado não corresponde à uma exceção preliminar, e que, por se tratar de assuntos relacionados ao mérito do caso, as referidas alegações de direito apresentadas pelos representantes serão analisadas nos capítulos correspondentes desta Sentença.

V Exceção Preliminar

20. Em relação à segunda exceção preliminar estabelecida sobre a “quarta instância”, o Estado sustentou que a avaliação de certas alegações dos representantes em relação ao processo judicial interno¹⁰, relacionados às alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção, instaria a Corte a atuar como um tribunal de quarta instância, porque levaria a se pronunciar sobre situações de fato e de direito dentro do ordenamento jurídico peruano, o qual excederia seu âmbito de competência. Acrescentou que a Corte não poderia substituir sua própria avaliação dos fatos pelos tribunais internos, já que, por regra geral, é tarefa dos tribunais peruanos avaliar e interpretar as próprias normas. O contrário seria como se a Corte interviesse como uma “quarta instância”. Ademais, alegou que a Corte “não pode se fazer de um tribunal de apelação para examinar supostos erros de fato que podem ter sido cometido pelos tribunais nacionais que tenham atuado dentro dos limites de sua competência”¹¹.

21. Os representantes indicaram que, no presente caso, não se busca que a Corte atue como um tribunal de apelação, mas que os órgãos do Sistema Interamericano possam revisar as atuações judiciais internas para determinar sua compatibilidade com a Convenção. Ademais, indicaram que os fatos referidos pelo Estado estão relacionados com o mérito do caso, por isso, solicitam que a Corte indefira a exceção preliminar interposta. Por sua vez, a Comissão acrescentou que as alegações dos representantes apontadas pelo Estado se referem à componentes da resposta judicial do Estado peruano à luz dos padrões interamericanos em matéria do dever de investigar e de punir violações de direitos humanos com a devida diligência e dentro de um prazo razoável, assim, a análise dessas não pretende a revisão da

⁹ Cf. *Caso Cinco Aposentados Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n° 98, par. 155; e *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n° 279, par. 38.

¹⁰ O Estado referiu-se às mesmas alegações dos representantes resumidos no par. 15 desta Sentença, com a exceção da alegação a respeito do uso da força, mas incluindo a alegação dos representantes de que o pagamento da indenização ordenado em nível interno, por dano moral aos familiares das supostas vítimas falecidas era apenas pela perda de seus entes queridos, sem considerar as alegações de sofrimentos causados pelo processo em busca de justiça por parte destes familiares.

¹¹ A respeito, o Estado sustentou que a totalidade dos atos ou omissões aduzidas como violações da Convenção Americana, inclusive os de caráter processual e procedimental, já foram avaliados e determinados por órgãos judiciais nacionais, independentes e imparciais, através de recursos efetivos e eficazes do ponto de vista das garantias judiciais e da proteção judicial.

sentença final no processo penal, mas uma determinação sobre a compatibilidade desta resposta judicial com os referidos padrões, o que corresponderia a uma análise de mérito que a Corte deverá efetuar.

22. Em relação ao exposto, esta Corte estabeleceu que, para que a exceção da quarta instância seja procedente, “seria necessário que o solicitante buscasse que a Corte revisasse a sentença de um tribunal interno em virtude de sua incorreta apreciação da prova, dos fatos ou do direito interno, sem que, ao invés, seja alegado que tal sentença incorreu em uma violação de tratados internacionais sobre os quais o Tribunal¹² tenha competência. Ademais, este Tribunal estabeleceu que, ao se avaliar o cumprimento de certas obrigações internacionais, pode ocorrer uma intrínseca inter-relação entre a análise do direito internacional e do direito interno¹³. Portanto, a determinação de se as atuações de órgãos judiciais constituem ou não em uma violação das obrigações internacionais do Estado, pode levar a Corte a examinar os respectivos processos internos para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana¹⁴.

23. No presente caso, a Corte considera que os argumentos apresentados pelo Estado têm relação às alegadas violações dos direitos estabelecidos nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção, combinados com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. Este Tribunal efetuará, entre outras, uma análise das etapas processuais internas para poder pronunciar-se sobre estas alegadas violações. Esta análise será realizada nos capítulos correspondentes desta Sentença sobre o mérito do caso.

24. Posto isso, a Corte considera que deve indeferir a exceção preliminar proposta pelo Estado por ser improcedente.

VI Prova

A. Prova documental, testemunhal e pericial

25. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova pelo Estado, pelos representantes e pela Comissão, anexos a seus escritos principais e como prova para melhor deliberar. Ademais, a Corte recebeu as declarações da testemunha Pablo Rogelio Talavera Elguera e das supostas vítimas Víctor Tarazona Hinostroza e Santiago Pérez Vera. Igualmente, recebeu os pareceres periciais de Víctor Jesús Gonzáles Jáuregui, Víctor Manuel Cubas Villanueva e Josephine Marie Burt. Todas

¹² *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2014. Série C n° 220, par. 18; e *Caso Palma Mendoza e outros Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n° 247, par. 18.

¹³ *Cf. Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, par. 16; e *Caso Mémoli Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n° 265, par. 140.

¹⁴ *Cf. Caso dos “Meninos de Rua (Niños de la Calle)” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n° 63, par. 222; e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n° 281, par. 243.

essas declarações foram prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*). Quanto à prova prestada em audiência pública, a Corte recebeu a declaração da suposta vítima Luís Alberto Bejarano Laura.

B. Admissão da prova

26. O Tribunal admite os documentos apresentados na devida oportunidade processual pelas partes e pela Comissão, e cuja admissibilidade não foi contravertida, nem objetada¹⁵. Em relação a alguns documentos apontados por meio de endereços eletrônicos, que sejam possíveis serem consultados até a data da emissão da Sentença, a Corte estabeleceu que, se uma parte ou a Comissão proporcionar pelo menos o endereço eletrônico direto do documento que cita como prova, e for possível acessá-lo, não afeta a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pela Corte, pela outra parte ou pela Comissão¹⁶. Portanto, não houve oposição ou observações das partes nem da Comissão sobre a admissibilidade de tais documentos.

27. Dessa forma, a Corte considera pertinente admitir a declaração da suposta vítima Luís Bejarano Laura, recebida em audiência pública, e a declaração testemunhal e pareceres prestados perante agente dotado de fé pública, desde que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente em exercício na Resolução que ordenou recebê-los¹⁷ e ao objeto do presente caso.

C. Valoração da prova

28. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 48, 50, 51, 52 e 57 do Regulamento, assim como em sua reiterada jurisprudência em matéria de prova e sua apreciação, a Corte examinará e valorará os elementos probatórios documentais enviados pelas partes e pela Comissão nos momentos processuais oportunos, as declarações e pareceres prestados mediante declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e na audiência pública. Para tanto, estará sujeita aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente, levando em consideração o conjunto do acervo probatório e o alegado na causa¹⁸. Dessa forma, a declaração prestada pela suposta vítima será valorada dentro do conjunto das provas do processo, na medida em que possa proporcionar maior informação sobre as supostas violações e suas consequências¹⁹.

¹⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n° 4, par. 140; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n° 282, par. 113.

¹⁶ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n° 165, par. 26; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 115.

¹⁷ Os objetos de todas estas declarações encontram-se estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte, de 26 de março de 2014.

¹⁸ Cf. *Caso da "Van Branca (Panel Blanca)" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C n° 37 par. 76; e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela*, par. 31.

¹⁹ Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n° 22, par. 43; e *Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela*, par. 39.

VII Fatos

29. No presente capítulo se expõem os seguintes fatos do caso: a) a morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez e as lesões sofridas por Luís Alberto Bejarano Laura; b) a investigação sobre os fatos do caso (de 9 de agosto de 1994 a 22 de maio de 1995); c) o arquivamento do caso (de 14 de junho de 1995 a 11 de setembro de 2003); d) o desarquivamento do caso (de 19 de abril de 2001 a 21 de janeiro de 2003); e) o processamento e condenação de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo (de 21 de janeiro de 2003 a 23 de julho de 2008), e f) o cumprimento da condenação e as reparações às supostas vítimas (23 de julho de 2008 e 6 de janeiro de 2011).

A. A morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez e as lesões sofridas por Luís Alberto Bejarano Laura

30. No dia 9 de agosto de 1994, cerca das 20 horas e 40 minutos, uma patrulha militar composta por 15 membros do Exército, pertencente ao batalhão de infantaria motorizada nº 40 do quartel “La Pólvara” – El Agustino –, encontrava-se realizando ações de patrulhamento pelas diferentes ruas da jurisdição de Ate Vitarte, Lima, a bordo de um veículo militar²⁰.

31. Diante da suposta presença de um grupo de pessoas suspeitas na altura da parada de ônibus “La Esperanza”, o chefe da patrulha militar decidiu inspecionar a zona a pé, dividindo os 14 membros da patrulha em sete grupos de duas pessoas, com a finalidade de identificarem os transeuntes que se encontravam nas imediações, solicitando-lhes seus documentos de identidade. O 2º Sargento Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, de 18 anos de idade e com dezoito meses no serviço militar, e o Cabo J.C.A.L. formaram um dos grupos da patrulha²¹. Um veículo de transporte público ou micro-ônibus, que realizava a rota Lima-Chosica, deteve-se na parada “La Esperanza”. No momento em que este veículo retomou a sua rota, Evangelista Pinedo e J.C.A.L. correram atrás do micro-ônibus. Em seguida, houve um disparo em direção ao micro-ônibus, e como consequência desse disparo, Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez morreram e Luís Alberto Bejarano Laura sofreu lesões²².

32. Quando o chefe da patrulha militar escutou o disparo distante, contou o pessoal da tropa e se deu conta que faltavam dois membros, a saber: Antonio Mauricio Evangelista Pinedo e J.C.A.L. Momentos depois, um civil se aproximou para comunicar-lhe que um dos seus soldados havia disparado contra um veículo de transporte público e como resultado havia duas pessoas feridas. Depois, o chefe da patrulha subiu no veículo militar a fim de se dirigir ao local dos fatos, vendo, nesse

²⁰ Cf. Sentença emitida pela Turma Penal Nacional no expediente nº 13-06, em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fl. 58); e Parecer nº 12-2006-4 FSPN-MP/FN emitido pela Quarta Promotoria Superior Penal Nacional, em 14 de julho de 2006 (expediente de prova, fls. 76 a 81).

²¹ Cf. Parecer nº 12-2006-4 FSPN-MP/FN (expediente de prova, fls. 76 a 81).

²² Cf. Parecer nº 12-2006-4 FSPN-MP/FN (expediente de prova, fls. 76 a 81); e Sentença emitida pela Turma Penal Nacional no expediente nº 13-06, em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fls. 55 a 65).

momento, os soldados que faltavam na patrulha a quem pediu que subissem ao veículo, e lhes perguntou se eles haviam efetuado o disparo, ao que responderam que não²³.

33. Posteriormente, toda tropa foi conduzida ao local da Direção Nacional de Investigação Criminal (doravante “DININCRI”) da Polícia Nacional do Peru (doravante “PNP”), para as investigações e as perícias correspondentes, chegando a determinar na DININCRI que havia sido Antonio Mauricio Evangelista Pinedo quem efetuou o disparo²⁴.

34. Zulema Tarazona Arrieta tinha 22 anos de idade quando faleceu em consequência de “traumatismo craniano”²⁵. Consta também que Norma Teresa Pérez Chávez, também de 22 anos de idade, morreu em consequência de “ferimento por projétil de arma de fogo penetrante no tórax”²⁶. Luís Alberto Bejarano Laura tinha 27 anos no momento dos fatos, foi atendido na Emergência do Hospital Il Vitarte com “traumatismo por penetração abdominal de projétil (bala)”, recebendo intervenção cirúrgica naquele mesmo dia, na qual foi praticada uma “laparotomia exploratória, reparação da laceração da parede do cólon transversal e extração do estilhaço da bala”. Permaneceu hospitalizado no Serviço de Cirurgias do Hospital por três dias e recebeu alta no dia 31 de agosto de 1994²⁷.

B. A investigação sobre os fatos do caso (de 9 de agosto de 1994 a 22 de maio de 1995)

35. Por volta das 23 horas e 15 minutos do dia 9 de agosto de 1994, o Promotor de Plantão da 27ª Promotoria Provincial Penal de Lima (doravante a “Promotoria Provincial”) dispôs que a Divisão de Homicídios da PNP seria responsável pelas investigações²⁸. Em 10 de agosto de 1994, o Chefe da Delegacia da Polícia Nacional do Peru reportou, em um relatório, sobre “as diligências preliminares efetuadas em relação aos homicídios por projétil de arma de fogo [dos] fatos ocorridos nessa jurisdição a altura do km 8 da estrada central, cometidos presumidamente por membros do Exército”²⁹.

36. Paralelamente, em 10 de agosto de 1994, a Chefia do Batalhão de Infantaria Motorizada (doravante “BIM”) nº 40 informou ao General de Brigada, Comandante Geral da Primeira Divisão das Forças Especiais de Las Palmas (doravante “DIFFE”) sobre o ocorrido em 9 de agosto de 1994, e foi indicado que “a responsabilidade direta do ocorrido corresponde ao 2º Sargento Evangelista Pinedo Antonio, por desobediência e negligência que ocasionou a morte de 2 civis”³⁰.

²³ Cf. Declaração de 17 de agosto de 1994, prestada por A.V.C. (expediente de prova, fls. 118 a 122).

²⁴ Cf. Parecer nº 12-2006-4 FSPN-MP/FN (expediente de prova, fls. 76 a 81).

²⁵ Cf. Consta, ademais, na prova que seu cadáver apresentava “ferimentos abertos de grande extensão, com perda de tecido dérmico, coro cabeludo e ósseo, que compromete face e crânio esquerdos; além disso, apresenta ferimentos e contusões na face anterior do tórax, no membro inferior esquerdo, com sinais de severo impacto traumático”. Atestado nº 450-IC-H-DDCV, emitido pela Direção de Investigação Criminal da PNP em 7 de outubro de 1994, (expediente de prova, fls. 85 a 105).

²⁶ Cf. Atestado de Autópsia de Norma Teresa Pérez Chávez, emitido pelo Instituto de Medicina Legal do Ministério Público, de 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 110 a 111).

²⁷ Cf. Relatório médico, de 17 de setembro de 1994 (expediente de prova, fls. 112 a 113).

²⁸ Relatório nº 232-AP-07-DV (expediente de prova, fls. 159 a 162).

²⁹ Cf. Atestado nº 450-IC-H-DDCV (expediente de prova, fl. 89).

³⁰ Ofício nº 005/MBM/BIM 40 dirigido ao Senhor Gen. Bda. Cmt. Ge. da 1ª DIFFE de Las Palmas, de 10 de agosto de 1994, (expediente de prova, fls.170 a 173).

37. Com relação às ações adotadas pela patrulha depois de conhecer dos fatos, o BIM informou ao General da Brigada da Primeira DIFFE o seguinte: 1) da presença pessoal e imediata no local dos fatos e posteriormente na Delegação Policial Ate-Vitarte; 2) foi relatado o envio de toda Patrulha com armamento e equipamento à Divisão de Homicídios da PNP, no dia 10 de agosto, para a realização das provas de balística correspondentes; 3) que ao ser individualizado Evangelista Pinedo, pela Divisão de Homicídios, determinou-se, imediatamente, que “se encontre na qualidade de detido”; 4) que foi feito contato com os familiares dos falecidos, cobrindo os gastos do funeral; 5) encarregou-se um Tenente da compra de uma sepultura perpétua no Cemitério de Chosica, de acordo com a solicitação dos familiares; e 6) encarregou-se um capitão para visitar Luís Bejarano Laura no Hospital do Seguro de Vitarte e fazer contato com ele, a fim de sanar suas necessidades imediatas³¹.

38. Em 10 de agosto de 1994, as autoridades militares interrogaram Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, o qual confessou ser o responsável pelos fatos³². Naquele mesmo dia, o Comandante Geral da Primeira DIFFE, enviou uma denúncia ao Presidente do Conselho de Guerra da 2ª Zona Judicial do Exército, e pôs Evangelista Pinedo à disposição “por ter cometido o suposto delito de homicídio por negligência” e informou que procedia a entrega da arma causadora do fato³³.

39. Em 12 de agosto de 1994, a Coordenadora Nacional de Direitos Humanos (doravante “CNDDHH”) apresentou uma denúncia perante a Promotoria da Nação, pela morte, lesões e abandono de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, assim como em agravo de outras pessoas não identificadas³⁴. Em 25 de agosto de 1994, o Promotor Supremo Adjunto encarregado da Secretaria Geral da Promotoria da Nação remeteu à Promotoria Provincial a denúncia da CNDDHH³⁵.

40. Em 31 de agosto de 1994, o Conselho Permanente de Guerra (doravante “Conselho de Guerra”) resolveu abrir instrução contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo “pela comissão de delitos de homicídio culposo em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez e lesões culposas em detrimento de [Luís] Bejarano Laura”, para cujo efeito habilitou a jurisdição do Terceiro Juizado Militar

³¹ Cf. O exame da prova permite destacar algumas diligências complementares, a saber: “a) a presença pessoal e imediata do subscrito e do Cap. S-2 da Unidade Cap. Inf. Guevara Montoya Alfredo no local dos fatos e, posteriormente, na Delegacia Policial de Ate Vitarte, onde se pôde conhecer que as pessoas falecidas foram: Tarazona Arrieta, Zulema e Pérez Chávez, Norma, sendo ferido Bejarano Laura, Alberto; b) Em decorrência do ocorrido, em coordenação com a PNP, enviou-se toda a tropa com armamento e equipamento à Divisão de Homicídios da PNP as 0400 do dia 10AG094, para as provas de balística correspondentes, a fim de esclarecer os fatos, individualizar as responsabilidades e não se ocultar ou apagar provas; c) O PC da DIFFE e o senhor Gen. Bda. Comandante Geral da DIFFE foram comunicados informando-os dos acontecimentos”.

³² Cf. Declaração testemunhal de 10 de agosto de 1994, prestada pelo Sargento Antonio Mauricio Evangelista Pinedo (expediente de prova, fls. 173 a 175).

³³ Cf. Ofício nº 402 K-1/1ra Div FFEE/20.04, de 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 176 a 178).

³⁴ Cf. Escrito dirigido por parte da Coordenadora Nacional de Direitos Humanos à Promotora da Nação, de 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 181 a 183).

³⁵ Cf. Ofício nº 4547-94-MP-SEGFIN, emitido pelo Promotor Supremo Adjunto encarregado da Promotoria da Nação, de 25 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 2.943 a 2.944).

Permanente de Lima (doravante “Juizado Militar”) e ordenou ao Instrutor que interpusse a presente disputa de competência ao foro comum, “no caso de existir processos abertos no referente tribunal pelos mesmos fatos”³⁶.

41. Durante o mês de agosto de 1994, a Direção de Investigações Criminalísticas da Polícia Nacional do Peru recolheu as manifestações de algumas testemunhas dos fatos³⁷, especificamente, de J.C.A.L.³⁸, de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo³⁹ e de Luís Alberto Bejarano Laura⁴⁰. Ao final da investigação policial foi concluído que Antonio Mauricio Evangelista Pinedo foi o suposto autor de um duplo homicídio e lesões por projétil de arma de fogo, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Teresa Pérez Chávez e Luís Alberto Bejarano Laura⁴¹.

42. Em 2 de novembro de 1994, o Promotor Provincial formulou a denúncia penal perante o 27º Juizado Penal de Lima (doravante o “Juizado Penal”) contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo pelo delito de homicídio “em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez”, e pelo delito de lesões em detrimento de Luís Alberto Bejarano Laura⁴².

43. Em 24 de novembro de 1994, o Juizado Militar solicitou ao Juizado Penal que declinasse de conhecer o caso, com base na existência de um processo penal perante aquele Juizado Militar, dado que o ilícito penal havia sido cometido quando o imputado cumpria um “Plano de Operações e Patrulhamento segundo ordens Superior”. Nessa solicitação, informava-se que, na jurisdição militar, havia sido aberta instrução em 31 de agosto de 1994, contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo e que o Juizado Militar havia determinado a detenção do imputado em 13 de setembro de 1994, medida que vinha cumprindo naquela data no Presídio Militar de Rimac⁴³.

44. Em 12 de dezembro de 1995, mais de um ano depois da referida solicitação de declínio de competência e depois do caso ter sido arquivado na jurisdição militar e

³⁶ Cf. Causa nº 270-94. Escrito do Presidente do Conselho Permanente de Guerra da 2ª ZJE e outros, de 31 de agosto de 1994 (expediente de prova, fl. 180).

³⁷ Depoimento de V.M.T.A., de 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 123 a 125); Depoimento de M.A.S.R., de 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 126 a 128); Depoimento de J.L.B.P., de agosto 1994, (expediente de prova, fls. 129 a 131); Depoimento de G.R.A., de 10 de agosto de 1994, perante o Instrutor C.O.A.S., Capitão da Polícia Nacional do Peru (expediente de prova, fls. 132 a 134); Relatório nº 232-AP-07-DV (expediente de prova, fls. 2.934 a 2.937).

³⁸ Cf. Atestado Policial nº 450-IC-H-DDCV (expediente de prova, fls. 85 a 105); Depoimento de J.C.A.L. de 17 de agosto de 1994, perante C.O.A.S., Capitão da PNP e Dra. F.C.R., Promotora Adjunta de Apoio à 27ª PPPL (expediente de prova, fls. 135 a 139).

³⁹ Cf. Depoimento do 2º Sargento EP. Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, de 17 de agosto de 1994, perante C.O.A.S., Capitão da PNP, e Dra. F.C.R., Promotora Adjunta de Apoio à 27ª PPPL (expediente de prova, fls. 140 a 143). Antonio Mauricio Evangelista Pinedo já havia declarado perante o Investigador Guevara Montoya, no dia 10 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 173 a 175).

⁴⁰ Cf. Depoimento de Luís Alberto Bejarano Laura perante C.O.A.S., Capitão da PNP, em 19 de agosto de 1994 (expediente de prova, fls. 144 a 146).

⁴¹ Cf. Atestado Policial nº 450-IC-H-DDCV (expediente de prova, fls. 85 a 105).

⁴² Cf. Denúncia nº 455-94 dirigida ao Juiz Penal, em 2 de novembro de 1994 (expediente de prova, fls. 155 a 158 e fls. 2.945 a 2.946).

⁴³ Cf. Ofício nº 2332-94/3er.JMP-2da.ZJE do Terceiro Juizado Permanente da Segunda Zona Judicial do Exército, dirigido ao Juiz Penal Provincial do 27º Juizado Penal de Lima, de 24 de novembro de 1994 (expediente de prova, fls. 184 a 185).

ordinária (par. 48 e ss. *infra*), o Juizado Penal declarou infundada essa solicitação já que dos autos não se depreendia documentação alguma que certificasse os fundamentos dessa solicitação e que o fato matéria da instrução se encontrava tipificado como homicídio simples⁴⁴.

45. Em 25 de novembro de 1994, o Juizado Penal abriu instrução contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, tal e como foi solicitado pela Promotoria, foi ordenado que se recebesse a declaração instrutiva do imputado, decretou-se mandado de detenção contra ele e a realização de diversas diligências⁴⁵.

46. Em 10 de janeiro de 1995, Santiago Pérez Vera, pai de Norma Teresa Pérez Chávez, e Víctor Tarazona Hinostriza, pai de Zulema Tarazona Arrieta, apresentaram escritos solicitando serem constituídos como parte civil no processo penal iniciado pela morte de seus familiares⁴⁶, petições que foram admitidas pelo Juizado Penal mediante decisões de 10 e 11 de janeiro do mesmo ano, respectivamente⁴⁷. Em 25 de janeiro de 1995, Santiago Pérez Vera solicitou ao Juizado Penal a reiteração da ordem de detenção contra o imputado para ser colocado à disposição do juizado. Além disso, solicitou que reiterasse a intimação de A.V.C., com o propósito de comparecer para prestar declarações ao juizado⁴⁸.

47. Em 25 de abril de 1995, a Promotoria Provincial solicitou ao Juiz Penal, *inter alia*, um prazo de ampliação de 30 dias para realizar uma série de diligências e propôs, entre outras, que se recebesse a declaração instrutiva do acusado e que se insistisse na diligência de comparecimento dos militares que trabalham no BIM⁴⁹. Em 2 de maio de 1995, a Juíza Penal ampliou o prazo de instrução solicitado para que fossem realizadas diversas diligências⁵⁰. Adicionalmente, em 22 de maio de 1995, a defesa dos familiares das supostas vítimas solicitou ao Juizado Penal recolher as declarações testemunhais dos passageiros do ônibus, a saber: de G.R.A.C., de M.A.S.R., motorista e cobrador do veículo, respectivamente; e de Luís Alberto Bejarano Laura⁵¹.

C. O arquivamento do caso (de 14 de junho de 1995 a 11 de setembro de 2003)

48. Em 14 de junho de 1995, o Congresso aprovou a Lei n° 26.479, mediante a qual se concedeu anistia ao pessoal militar, policial ou civil envolvido em todos os fatos

⁴⁴ Cf. Escrito de 12 de dezembro de 1995, Juíza Penal e Alejandro Huaman García, Secretário do 27° Juizado Penal de Lima (expediente de prova, fls. 186 e 187).

⁴⁵ Cf. Escrito de 25 de novembro de 1994 (expediente de prova, fls. 163 a 165).

⁴⁶ Cf. Escrito de Santiago Pérez Vera solicitando constituir-se em parte civil de 10 de janeiro de 1995 (expediente de prova, fls. 147 a 148); e Escrito de Víctor Tarazona Hinostriza solicitando constituir-se em parte civil, de 10 de janeiro de 1995 (expediente de prova, fls. 149 a 150).

⁴⁷ Cf. Decisão exarada pela Juíza Penal, em 10 de janeiro de 1995 (expediente de prova, fls. 2.956 a 2.957); e Decisão exarada pela Juíza Penal, em 11 de janeiro de 1995 (expediente de prova, fls. 2.958 a 2.959).

⁴⁸ Cf. Escrito de Santiago Pérez Vera ao 27° Juizado Penal de Lima, de 25 de janeiro de 1995 (expediente de prova, fls. 2.540 a 2.541).

⁴⁹ Cf. Escrito dirigido ao Juiz Penal, de 25 de abril de 1995, no expediente n° 431-94, Promotor Provincial da 27ª Promotoria Provincial Penal de Lima (expediente de prova, fls. 168 a 169).

⁵⁰ Cf. Escrito de 2 de maio de 1995 da Juíza Penal e de Edward Díaz Tantaleán, Secretário do 27° Juizado Penal de Lima (expediente de prova, fls. 188 a 189).

⁵¹ Cf. Escrito de Víctor Tarazona Hinostriza e da APRODEH ao 27° Juizado Penal de Lima, em 22 de maio de 1995 (expediente de prova, fls. 2.542 a 2.543).

derivados ou surgidos por ocasião ou em consequência da luta contra o terrorismo e que pudessem ter sido cometidos de forma individual ou em grupo a partir de maio de 1980 até a data da promulgação da lei⁵².

49. O artigo 4º da referida Lei dispôs que o Poder Judiciário, o Foro Comum, o Foro Militar e o Executivo deveriam proceder a anulação dos antecedentes policiais, judiciais ou penais registrados contra os anistiados por esta Lei, assim como deixar sem efeito qualquer medida restritiva de liberdade e libertar os anistiados que estivessem sofrendo prisão, detenção, ou medida privativa de liberdade, ficando subsistentes as medidas administrativas adotadas⁵³. Dessa forma, o artigo 6º da mencionada Lei dispôs o arquivamento definitivo de todos os processos judiciais, inclusive os que estavam em tramitação ou com sentença, e a proibição de iniciar uma nova investigação sobre os fatos matéria desses processos⁵⁴.

50. Em 28 de junho de 1995, o Congresso aprovou a Lei nº 26.492 que interpretou o artigo primeiro da Lei nº 26.479 no sentido de que a anistia geral era de aplicação obrigatória pelos órgãos jurisdicionais e alcançava “a todos os fatos derivados ou originados por ocasião ou em consequência da luta contra o terrorismo, [...] a partir de maio de 1980 até 14 de junho de 1995, sem se importar se o pessoal militar, policial ou civil envolvido, se encontre ou não denunciado, investigado, processado ou condenado, ficando todos os casos judiciais em tramitação ou em execução arquivados definitivamente”⁵⁵.

51. Em 16 de junho de 1995, a parte civil enviou um escrito à Promotoria Provincial solicitando a não aplicação da Lei de Anistia ao presente caso por ser manifestadamente inconstitucional⁵⁶.

52. Em 20 de junho de 1995, o Conselho Supremo de Justiça Militar resolveu aplicar o benefício de anistia a Antonio Evangelista Pinedo, ao considerar que sua

⁵² *Cfr.* Lei nº 26.479, de 14 de junho de 1995, que concede anistia geral ao pessoal militar, policial e civil, em diversos casos. O artigo 1º dispõe que “Conceda-se anistia geral ao pessoal Militar, Policial ou Civil, qualquer que seja sua situação Militar ou Policial ou Funcional correspondente, que se encontre denunciado, investigado, indiciado, processado ou condenado por delitos comuns e militares nos Tribunais Comuns ou Privativo Militar, respectivamente, por todos os fatos derivados ou surgidos por ocasião ou como consequência da luta contra o terrorismo e que possam ter sido cometidos de forma individual ou em grupo a partir de maio de 1980 até a data da promulgação da presente Lei”.

⁵³ *Cf.* Lei nº 26.479, artigo 4º: “O Poder Judiciário, o Foro Comum, o Foro Privativo Militar e o Executivo, procederão até este dia, sob responsabilização, a anular os antecedentes policiais, judiciais ou penais, que foram registrados contra os anistiados por esta Lei, assim como a deixar sem efeito qualquer medida restritiva de liberdade que possa afeta-lhes. Procederão igualmente a libertar os anistiados que estiverem sofrendo prisão, detenção, ou medida privativa de liberdade, ficando subsistentes as medidas administrativas adotadas”.

⁵⁴ *Cf.* Lei nº 26.479, artigo 6º: “Os fatos ou delitos compreendidos na presente anistia, assim como os sobrestamentos definitivos e as absolvições, não são suscetíveis de investigação, pesquisa ou procedimento sumário; ficando, todos os casos judiciais, em trâmite ou em execução, arquivados definitivamente”.

⁵⁵ *Cf.* Lei nº 26.492, artigo 3º “interpreta-se o artigo 1º da Lei nº 26.479 no sentido de que a anistia geral que se concede é de obrigatória aplicação pelos Órgãos Jurisdicionais e alcança a todos os fatos derivados ou originados por ocasião ou em consequência de luta contra o terrorismo, cometidos de forma individual ou em grupo, a partir de maio de 1980 até 14 de junho de 1995, sem se importar se o pessoal militar, polícia ou civil envolvido, se encontre ou não denunciado, investigado, sujeito a processo penal ou condenado; ficando todos os casos judiciais em tramitação ou em execução arquivados definitivamente em conformidade com o artigo 6º da mencionada Lei”.

⁵⁶ *Cf.* Escrito dirigido ao senhor Promotor da 27ª Promotoria Provincial Penal de Lima, de 16 de junho de 1995, assinado por Ivana M. Montoya Lizárraga e Santiago Pérez Vera (expediente de prova, fls. 199 a 206).

conduta foi cometida por ocasião da luta contra o terrorismo. A decisão indica que, em consequência, foi ordenada a anulação de qualquer medida restritiva de liberdade do imputado, o arquivamento definitivo da causa e a anulação dos antecedentes policiais, judiciais e penais registrados por este motivo, devendo comunicar-se esta decisão ao órgão jurisdicional responsável pela sua execução⁵⁷.

53. Posteriormente, em 23 de junho de 1995, Antonio Mauricio Evangelista Pinedo solicitou ao Juizado Penal que lhe fossem concedidos os benefícios da Lei nº 26.479, já que os fatos de 9 de agosto de 1994, ocorreram no âmbito de uma operação antissubversiva e durante as horas de serviço como integrante do pessoal da tropa do Exército peruano, durante a prorrogação do Estado de Emergência no Departamento de Lima e na Província Constitucional do Callao⁵⁸.

54. Em 30 de junho de 1995, o 27º Juizado Penal de Lima ampliou novamente por 30 dias o prazo da instrução, com base na solicitação da Promotoria de 25 de abril de 1995⁵⁹.

55. Em 24 de julho de 1995, Santiago Pérez Vera, pai de Norma Teresa Pérez Chávez e parte civil, solicitou ao 27º Juizado Penal de Lima a inaplicação da Lei nº 26.479, Lei Geral de Anistia, por ser inconstitucional, isto é, a continuação da investigação e a não libertação do condenado⁶⁰.

56. Em 3 de agosto de 1995, Antonio Mauricio Evangelista Pinedo promoveu uma “exceção de coisa julgada” perante o Juizado Penal, já que pelos mesmos delitos e de forma simultânea se haviam iniciado dois processos contra ele, no Foro Militar e no Foro Comum e que, de acordo com a decisão de 20 de junho de 1995, o Conselho Supremo de Justiça Militar havia concedido o benefício aplicando a Lei nº 26.479, razão pela qual possuía o caráter de coisa julgada e não poderia ser julgado duas vezes pelo mesmo fato⁶¹.

57. Em 22 de junho de 1995, uma unidade do Exército respondeu o ofício enviado em 2 de maio de 1995, pelo Juizado Penal de Lima (par. 47 *supra*), que solicitava o comparecimento dos membros da patrulha do Exército para que prestassem sua declaração, indicando que havia determinado o comparecimento do pessoal intimado a esse juízo⁶².

58. Em 18 de agosto de 1995, a Promotoria Provincial apresentou seu parecer perante o Juizado Penal recomendando que fosse declarado fundamentado o incidente

⁵⁷ Cf. Escrito de 20 de junho de 1995, do Secretário Geral do C.S.J.M., Coronel S.J.E. Roger N. Araujo Calderón (expediente de prova, fls. 197 a 198).

⁵⁸ Cf. Escrito de 23 de junho de 1995, recebido no 27º Juizado Penal de Lima em 26 de junho de 1995, (expediente de prova, fls. 195 a 196).

⁵⁹ Cf. Escrito de 30 de junho de 1995, da Juíza Penal, e o Secretário do 27º Juizado Penal de Lima, Edward Díaz Tantalean (expediente de prova, fls. 2.969 a 2.970).

⁶⁰ Cf. Escrito apresentado por Santiago Pérez Vera de 24 de julho de 1995 (expediente de prova, fls. 2.971 a 2.978).

⁶¹ Cf. Exceção de Coisa Julgada promovida pelo condenado Antonio Mauricio Evangelista Pinedo pelo delito contra a vida, o corpo e a saúde – homicídio simples e outros -, perante 27º Juizado Penal de Lima de 3 de agosto de 1995 (expediente de prova, fls. 207 a 210).

⁶² Cf. Ofício nº 879 CP-PREBOSTE 2/29.02.03 de 22 de junho de 1995 (expediente de prova, fls. 192 a 193).

de “exceção de coisa julgada” interposto⁶³. Em 7 de setembro de 1995, a Promotoria Provincial reiterou sua opinião ao Juizado Penal⁶⁴.

59. Em 11 de setembro de 1995, o Juizado Penal declarou fundamentada a exceção de coisa julgada e determinou o arquivamento definitivo da causa. A decisão dispôs, também, que se comunicasse a imediata liberdade do imputado e se anulasse os antecedentes penais e judiciais gerados por motivo da instrução. Em 12 de setembro de 1995, a Juíza Penal solicitou ao Juizado Militar que ordenasse a imediata liberdade do condenado⁶⁵.

D. O desarquivamento do caso (de 19 de abril de 2001 a 21 de janeiro de 2003)

60. Em 19 de abril de 2001, as partes civis apresentaram perante o Juizado Penal uma solicitação de “desarquivamento” do processo, pediram que fosse tornada sem efeito a decisão de 11 de setembro de 1995 que declarou fundamentada a “exceção de coisa julgada”, e solicitaram que fosse determinada a reabertura do processo, referindo-se à sentença do caso *Barrios Altos Vs. Peru*, de 14 de março de 2001, na qual este Tribunal declarou que as Leis de Anistia n° 26.479 e 26.492 eram incompatíveis com a Convenção Americana e, em consequência, careciam de efeitos jurídicos⁶⁶.

61. Em 7 de junho de 2001, os familiares das supostas vítimas solicitaram ao Conselho Supremo de Justiça Militar que a anistia fosse tornada sem efeito e se declarasse a nulidade do processo e da declaração de declínio de competência, em virtude do assinalado pela Corte Interamericana. Esse pedido foi reiterado em 31 de janeiro e 25 de abril de 2002⁶⁷.

62. Em 29 de agosto de 2001, a Promotoria Provincial enviou seu parecer ao Juizado Penal em relação à solicitação dos peticionários, propondo que fosse declarada improcedente, já que os peticionários haviam anexado uma cópia simples da sentença

⁶³ Cf. Escrito da Promotoria Provincial, dirigido à Juíza Penal de 18 de agosto de 1995 (expediente de prova, fls. 211 a 212).

⁶⁴ Cf. Escrito da Promotoria Provincial de Lima dirigido à Juíza Penal de 7 de setembro de 1995, Exceção de Coisa Julgada (expediente de prova, fls. 215 a 216).

⁶⁵ Cf. Resolução emitida pelo 2° Juizado Penal de Lima no expediente N-431-94 de 11 de setembro de 1995 (expediente de prova, fls. 217 a 218), e Ofício n° 431-91.EDT emitido por María Teresa Jara García, Juíza Penal, dirigido ao 3° Juizado Permanente da 2ª Zona Judicial do Exército de 12 de setembro de 1995 (expediente de prova, fls. 220 a 221).

⁶⁶ Cf. Solicitação apresentada por Santiago Pérez Vera e Víctor Tarazona Hinostriza ao 27° Juizado Penal de Lima de 19 de abril de 2001 (expediente de prova, fls. 3.005 a 3.012). Ver também: *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C n° 75, par. 44.

⁶⁷ Tal norma estabelece o procedimento para a execução das sentenças supranacionais, de acordo com os tratados dos quais o Peru faz parte, na qual as sentenças emitidas por tribunais internacionais devem ser transcritas pelo Ministério das Relações Exteriores ao Presidente da Corte Suprema, que, por sua vez, as remete à Turma na qual se esgotou a jurisdição interna e dispõe a execução da sentença supranacional pelo Juiz Especializado ou Misto Competente. Cf. Escrito de Santiago Pérez Vera e Víctor Tarazona Hinostriza ao Presidente do Conselho Supremo de Justiça Militar, de 7 de janeiro de 2001 (expediente de prova, fls. 2.544 a 2.551); Escrito de Víctor Tarazona Hinostriza ao Presidente do Conselho Supremo de Justiça Militar de 31 de janeiro de 2002 (expediente de prova, fls. 2.552 a 2.555); e Escrito de Gloria Cano Legua, advogada de Víctor Tarazona Hinostriza, ao Presidente do Conselho Supremo de Justiça Militar de 25 de abril de 2002 (expediente de prova, fls. 2.556 a 2.560).

da Corte Interamericana no caso *Barrios Altos* sem cumprir com o procedimento estabelecido no Texto Único Ordenado da Lei Orgânica do Poder Judiciário⁶⁸.

63. Em 23 de outubro de 2002, a Promotoria Provincial emitiu um parecer favorável ao “desarquivamento” da causa e à continuação do processo, depois de ter recebido a referida Sentença da Corte Interamericana, em conformidade com a Lei Orgânica do Poder Judiciário⁶⁹.

64. Em 21 de janeiro de 2003, o Juizado Provincial ordenou o “desarquivamento” da causa, a reabertura do processo penal, declarou a nulidade da decisão na qual declarou fundada a “exceção de coisa julgada” a favor de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, e ampliou o prazo de instrução a fim de que fossem realizadas ou remetidas uma série de diligências e oficiou-se à Polícia Judicial para que localizasse e detivesse o acusado⁷⁰.

E. O processamento e condenação de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo (de 21 de janeiro de 2003 a 23 de julho de 2008)

65. Em 12 de maio de 2003, o Promotor Provincial solicitou a Juíza da causa que se concedesse uma ampliação de prazo de 30 dias para a instrução, com base em que o estágio da investigação se encontrava incipiente e que a prorrogação do prazo era necessária principalmente para comunicar à autoridade competente a localização e detenção do processado, e receber as declarações testemunhais dos membros da patrulha do Exército⁷¹. Em 9 de junho de 2003, o 30º Juizado Provincial Penal de Lima notificou a concessão da ampliação do prazo de instrução ao Promotor da causa, para a execução de diversas diligências e recebimento das declarações testemunhais⁷².

66. Em 15 de julho de 2003, tomou-se o depoimento do Técnico de Terceira do Exército, Antonio Enrique Vivas Chapilliquen, Chefe da Patrulha Militar em que participava Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, em 9 de agosto de 1994⁷³. Em 21 de julho de 2003, recebeu-se a declaração de Víctor Tarazona Hinostraza⁷⁴. Em 12 de setembro de 2003, o Juizado Provincial recebeu um parecer do Promotor em que se indicam as diligências praticadas e as que não se concretizaram durante a etapa de instrução⁷⁵.

67. Em 25 de setembro de 2003, a Promotoria solicitou à Juíza Penal que incluísse no processo o Estado como terceiro civilmente responsável, tal como o havia

⁶⁸ Cf. Parecer n° 673 emitido pela 27ª Promotoria Provincial Penal de Lima no expediente n° 431-94 de 29 de agosto de 2001, (expediente de prova, fls. 230 a 232).

⁶⁹ Cf. Parecer n° 1012-02 emitido pela 27ª Promotoria Provincial Penal de Lima no expediente n° 431-02-94 de 23 de outubro de 2002 (expediente de prova, fls. 235 a 237).

⁷⁰ Cf. Auto emitido pelo 16º Juizado Penal de Lima de 21 de janeiro de 2003 (expediente de prova, fls. 240 a 243).

⁷¹ Cf. Parecer n° 1.071 emitido pela 16ª Promotoria Provincial de Lima no expediente n° 559-2002, de 12 de maio de 2003 (expediente de prova, fls. 246 a 256).

⁷² Cf. Decisão exarada pelo 30º Juizado Provisional Penal de Lima, em 9 de junho de 2003 (expediente de prova, fls. 257 a 259).

⁷³ Cf. Declaração testemunhal de 15 de julho de 2003, de Antonio Enrique Vivas Chapilliquen (expediente de prova, fls. 260 a 265).

⁷⁴ Cf. Declaração preventiva de 21 de julho de 2003, de Víctor Tarazona Hinostraza (expediente de prova, fls. 266 a 269).

⁷⁵ Cf. Parecer n° 1.587 emitido pela Promotoria no expediente n° 550-02, de 9 de setembro de 2002 (expediente de prova, fls. 270 a 273).

solicitado a parte civil em 18 de julho de 2003, já que as acusações que se imputavam ao processado ocorreram em 9 de agosto de 1994, durante uma operação efetuada pelo Exército peruano, no qual participava oficialmente⁷⁶. Em 22 de dezembro de 2003, o Juiz da causa declarou, para efeitos do pagamento das reparações que fossem ordenadas, o Ministério de Defesa como Terceiro Civilmente Responsável⁷⁷.

68. Mediante escrito de 7 de maio de 2004, a 3ª Promotoria Superior Penal de Lima solicitou ao juiz uma ampliação do prazo de 50 dias, por não ter reunido os elementos indispensáveis para concretizar um juízo certo sobre a perpetração dos delitos e o grau de responsabilidade do processado. Entre as diligências que se propuseram realizar se encontravam: 1) receber a declaração instrutiva do processado sob pena de ser declarado réu ausente; e 2) receber os testemunhos dos membros da patrulha e outros⁷⁸. Em 21 de maio de 2004, o Juiz concedeu a prorrogação para que se realizassem as diligências necessárias para o melhor esclarecimento dos fatos⁷⁹.

69. Em 2 de novembro de 2004, o Juiz Penal emitiu uma decisão na qual observou que todavia faltavam ser realizadas diligências de importância para os fins do processo e ordenou, entre outras coisas: 1) que fosse oficiado para a imediata localização e detenção do processado Antonio Mauricio Evangelista Pinedo; 2) que fossem tomados os depoimentos dos membros da Patrulha, e 3) que fosse comunicado à Direção de Pessoal do Exército, com caráter de urgência, a fim de informar sobre a situação profissional do processado e, no caso de se encontrar na ativa, “deveria colocá-lo fisicamente à disposição do Juizado por haver um Mandado de Detenção contra ele”⁸⁰.

70. Em 2 de agosto de 2005, o Juizado Penal ampliou o prazo da instrução por 30 dias, a fim que fossem realizadas as diligências indicadas. Em relação ao recolhimento da declaração dos membros da Patrulha, foi ordenado oficial ao Registro Nacional de Identificação e Estado Civil (doravante “RENIEC”), já que, segundo o relatório emitido pela Direção de Pessoal do Exército, o réu encontrava-se em situação de licença, e por esse motivo não haviam sido recebidas suas declarações testemunhais⁸¹.

71. Em 21 de setembro de 2005, o Juiz Penal declinou de continuar conhecendo da causa, baseado na Resolução Administrativa que ampliou a competência dos Juizados Especializados em delitos de terrorismo para também conhecerem dos delitos comuns que constituíram violações dos direitos humanos, situação na qual se encontrava o processo a juízo do Juiz Penal. Em consequência, o Juiz enviou os

⁷⁶ Cf. Parecer emitido pela Promotoria no expediente n° 550-02 de 25 de setembro de 2003 (expediente de prova, fls. 276 a 277).

⁷⁷ Cf. Decisão exarada pelo 16° Juizado Penal de Lima de 22 de dezembro de 2003 (expediente de prova, fls. 278 a 279).

⁷⁸ Cf. Parecer n° 596-2004 emitido pela 3ª Promotoria Superior Penal de Lima no expediente n° 429-2004, em 7 de maio de 2004 (expediente de prova, fls. 280 a 281).

⁷⁹ Cf. Decisão exarada pelo 16° Juizado Penal de Lima, em 21 de maio de 2004 (expediente de prova, fls. 282 a 283).

⁸⁰ Cf. Decisão exarada pelo 16° Juizado Penal de Lima, em 2 de novembro de 2004 (expediente de prova, fls. 286 a 287).

⁸¹ Cf. Registro de notificação judicial emitido pelo 16° Juizado Penal de Lima, de 2 de agosto de 2005 (expediente de prova, fls. 288 a 289).

autos à Corte Superior de Justiça de Lima, para que, por sua vez, o encaminhasse ao Juizado Especializado em delitos de terrorismo competente⁸².

72. Em 19 de dezembro de 2005, o Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial solicitou ao Presidente da Turma Superior uma prorrogação excepcional do prazo para a realização de uma série de diligências, entre elas, o recolhimento da declaração instrutiva do processado e o recebimento do testemunho dos 11 membros da patrulha⁸³.

73. Em 30 de maio de 2006, o Promotor Superior Titular da Promotoria Superior Penal Nacional solicitou ao Presidente da Turma Penal Nacional que fosse concedido uma ampliação excepcional do prazo de instrução de mais 20 dias, a fim de receber a declaração instrutiva do réu ou, no caso contrário, definir sua situação jurídica; e insistir no recebimento das declarações testemunhais de 11 dos membros da patrulha⁸⁴. Em 31 de maio de 2006, a Turma Penal Nacional indeferiu a ampliação do prazo de instrução, com base em que, na referida causa, “se excedeu em demasiado o prazo de instrução assinalado na lei, além disso, prorrogou-se tal prazo em reiteradas ocasiões, [...]”, sendo que a não realização das diligências solicitadas pelo Representante do Ministério Público, na etapa de instrução, não obstaculiza a emissão de uma sentença correspondente⁸⁵.

74. Em 14 de julho de 2006, a 4ª Promotoria Superior Penal Nacional apresentou acusação contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo como autor dos delitos contra a vida, o corpo e a saúde – homicídio simples – em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, e lesões graves em detrimento de Luís Alberto Bejarano Laura, e solicitou que se impusesse uma pena de dez anos de privação de liberdade, assim como o pagamento solidário com o Terceiro Civil Responsável de 30.000 novos sóis peruanos a título de reparação civil, a favor de cada uma das vítimas⁸⁶.

75. Em 3 de outubro de 2006, o acusado tinha a condição de “réu ausente” e não se tinha estabelecido data para o início do juízo oral, visto que o acusado não havia se colocado à disposição da Turma Penal Nacional⁸⁷. Posteriormente, entre os anos 2007 e 2008, os peticionários solicitaram ao Presidente da Turma Penal Nacional, em três oportunidades, que a ordem de detenção contra o processado Antonio Mauricio Evangelista Pinedo fosse atualizada e, adicionalmente, que fosse comunicada: 1) ao Escritório de Requisições da Polícia Nacional (doravante “Escritório de Requisições”) para sua imediata localização, detenção e colocação à disposição da autoridade judicial; 2) à Direção de Migrações do Ministério do Interior (doravante “Direção de Migrações”) e ao Escritório Nacional de Processos Eleitorais (doravante “ONPE”), a

⁸² Cf. Sentença declinatória emitida pelo 16º Juizado Penal de Lima de 21 de setembro de 2005 (expediente de prova, fls. 290 a 291).

⁸³ Cf. Relatório de ampliação emitido pelo 4º Juizado Penal Supraprovincial, de 19 de dezembro de 2005 (expediente de prova, fls. 292 a 295).

⁸⁴ Cfr. Parecer nº 09-2006-4 FSPN-MP/FN emitido pelo Promotor Superior Titular, em 19 de maio de 2006 (expediente de prova, fls. 296 a 298).

⁸⁵ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente nº 13-06, de 31 de maio de 2006 (expediente de prova, fls. 299 a 300).

⁸⁶ Cf. Parecer nº 12-2006-4ºFSPN-MP/FN da 4ª Promotoria Superior Penal Nacional do Ministério Público no expediente nº 13-06 de 14 de julho de 2006 (expediente de prova, fls. 76 a 81).

⁸⁷ Cf. Decisão nº 483 emitida pela Turma Penal Nacional no expediente nº 13-06, Secretaria de Mesa de Partes, de 3 de outubro de 2006 (expediente de prova, fls. 301 a 303).

fim de informar se o réu apresentava movimento migratório recente, assim como se havia votado nas últimas eleições respectivamente; e 3) à Polícia Judicial a fim de que apresentem um relatório sobre as ações realizadas para capturar o processado⁸⁸.

76. Em 27 de junho de 2007, a Turma Penal Nacional ordenou que fosse reiterada a ordem de detenção, oficiando o solicitado⁸⁹. Em 12 de julho de 2007, a Divisão de Migrações informou a Turma Penal Nacional que o processado não possuía movimento migratório. Além disso, em 16 de julho de 2007, o ONPE informou a Turma Penal Nacional que Antonio Mauricio Evangelista Pinedo havia votado no primeiro turno das eleições gerais de 2006, assim como nas eleições regionais e municipais do mesmo ano⁹⁰. Em 22 de novembro de 2007, a Turma Penal Nacional determinou que se apresentasse e acrescentou aos autos os referidos relatórios⁹¹.

77. Em 7 de janeiro de 2008, a Turma Penal Nacional reiterou as ordens de detenção contra o acusado, oficiando para tal fim o Escritório de Requisições e o Escritório de Requisições Distrital⁹². Em 4 de junho de 2008, a referida Turma determinou que fosse acrescentado aos autos o Ofício emitido pela Chefia do Departamento de Detenções – Divisão da Polícia Judicial, mediante o qual informa que não foi possível a localização e detenção do réu ausente, e que continuaria com as diligências de localização correspondentes⁹³.

78. Em 20 de junho de 2008, a “Central Cartorária” (*Mesa de Partes*) informou que o acusado Antonio Mauricio Evangelista Pinedo se encontrava “novamente à disposição” e determinou o encarceramento do acusado no estabelecimento penal que corresponda, comunicando, para tal efeito, o Diretor da Carceragem Judicial de Lima⁹⁴. Em 27 de junho de 2008, a Secretaria da *Mesa de Partes* informou que o acusado se encontrava recluso no Estabelecimento Penal de Lurigancho⁹⁵. Nesse mesmo dia, a Turma Penal Nacional fixou para 21 de julho de 2008, a data para o início do juízo oral⁹⁶.

⁸⁸ Cf. Escrito, sem data, da Federação Internacional de Direitos Humanos dirigido ao Senhor Presidente da Turma Penal Nacional no expediente n° 13-2006 (expediente de prova, fls. 304 a 305); Escrito da Federação Internacional de Direitos Humanos dirigidos ao Senhor Presidente da Turma Penal Nacional no expediente n° 13-2006, recebido em 19 de novembro de 2007 (expediente de prova, fls. 306 a 307); e Escrito da Federação Internacional de Direitos Humanos dirigido ao Senhor Presidente da Turma Penal Nacional no expediente n° 13-2006, recebido em 3 de março de 2008 (expediente de prova, fls. 308 a 310).

⁸⁹ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 27 de junho de 2007 (expediente de prova, fls. 3.073 a 3.074).

⁹⁰ Cf. Escrito da Federação Internacional de Direitos Humanos dirigido ao Senhor Presidente da Turma Penal Nacional no expediente n° 13-2006, recebido em 3 de março de 2008 (expediente de prova, fls. 308 a 310).

⁹¹ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 22 de novembro de 2007 (expediente de prova, fls. 3.075 a 3.076).

⁹² Cfr. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 7 de janeiro de 2008 (expediente de prova, fls. 3.077 a 3.078).

⁹³ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 4 de junho de 2008 (expediente de prova, fls. 3.079 a 3.080).

⁹⁴ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 20 de junho de 2008 (expediente de prova, fls. 3.081 a 3.082).

⁹⁵ Não surge da prova quanto tempo o acusado esteve em tal prisão, nem por qual delito. Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 27 de junho de 2008 (expediente de prova, fls. 3.083 a 3.084).

⁹⁶ Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 27 de junho de 2008 (expediente de prova, fls. 3.083 a 3.084).

79. Em 23 de julho de 2008, a Turma Penal Nacional emitiu a sentença condenando Antonio Mauricio Evangelista Pinedo como autor dos delitos de homicídio simples em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, e do delito de lesões graves em detrimento de Luís Alberto Bejarano Laura, estabelecendo que o mesmo havia “atuado com dolo eventual” considerando, ademais, que “os atos da investigação praticados não revelaram uma decisão de assassinar os passageiros”. Como “fatores atenuantes” o tribunal interno considerou que o imputado, no momento dos fatos, tinha dezoito anos de idade e que admitiu os fatos contidos na acusação da Promotoria, declarando-se responsável pelo delito a ele imputado e responsável pela reparação civil para obter o atenuante punitivo, e foi condenado a 6 anos de pena privativa de liberdade, com a detração de sua privação de liberdade de 13 de setembro de 1994 a 29 de agosto de 1995, ordenado pelo Juizado Militar, e desde 19 de junho 2008⁹⁷.

80. A sentença condenatória igualmente fixou a reparação civil em 30.000 novos sóis peruanos que solidariamente deveriam pagar o condenado e o Ministério da Defesa, a favor de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, e 10.000 novos sóis peruanos a favor de Luís Alberto Bejarano Laura.

F. O cumprimento da condenação e das reparações às supostas vítimas (de 23 de julho de 2008 a 6 de janeiro de 2011)

81. Em 29 de janeiro de 2010, Antonio Mauricio Evangelista Pinedo deixou o estabelecimento penitenciário de Lurigancho, em virtude de um benefício penitenciário de regime semiaberto concedido pelo 16º Juizado Penal de Lima⁹⁸.

82. De outra parte, em julho de 2008, os petionários apresentaram um recurso de nulidade “no elemento da reparação civil”⁹⁹, com base em que não havia sido considerado que a responsabilidade civil que nasce com a comissão do delito deve compreender aspectos como a restituição, reparação do dano e a indenização dos prejuízos materiais e morais¹⁰⁰. Em 4 de novembro de 2008, a 1ª Turma Penal Transitória da Corte Suprema negou o recurso de nulidade interposto pelos petionários sob o fundamento de que embora a parte civil tenha questionado a reparação civil solicitada pelo representante do Ministério Público ao emitir sua acusação, o fez fora do prazo estabelecido no artigo 227 do Código de Procedimentos Penais¹⁰¹. Em 24 de dezembro de 2008, a sentença condenatória de 23 de julho de 2008 tornou-se coisa julgada¹⁰².

⁹⁷ Cf. Sentença emitida pela Turma Penal Nacional no expediente N° 13-06, em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fls. 55 a 65).

⁹⁸ Cf. Parte s/n-DIVSMS-EP-Lurigancho, de 15 de julho de 2010 (expediente de prova, fls. 2.573 a 2.574); e Ofício n° 5418-2010-DIRSEPEN-EP-Lurigancho do Diretor do Estabelecimento Penitenciário de Lurigancho, de 5 de agosto de 2010 (expediente de prova, fls. 2.575 a 2.576).

⁹⁹ Cf. Escrito da APRODEH e da FIDH dirigido ao Senhor Presidente da Turma Penal Nacional de julho de 2008 (expediente de prova, fls. 313 a 314).

¹⁰⁰ Cf. Fundamentos do recurso de nulidade apresentado pela parte civil, de 6 de agosto de 2008, contra a sentença de 23 de julho de 2008, referente ao estabelecido a título de reparação (expediente de prova, fls. 66 a 75).

¹⁰¹ Cf. Decisão exarada pela 1ª Turma Penal Transitória R.N. n° 4370-2008, de 4 de novembro de 2008 (expediente de prova, fls. 315 a 318).

¹⁰² Cf. Decisão exarada pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, de 24 de dezembro de 2008, Secretaria de *Mesa de Partes* (expediente de prova, fls. 319 a 321).

83. Em 4 de março de 2009, esta sentença foi notificada ao Comando Geral do Exército Peruano¹⁰³.

84. Em 27 de abril de 2009, os peticionários solicitaram ao Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial que exigisse o pagamento da reparação civil do Exército peruano¹⁰⁴. No dia seguinte, esse Juizado dispôs que, de acordo com a decisão de 4 março de 2009, requer-se o pagamento da reparação civil ao Exército¹⁰⁵. A solicitação ao Juizado para requerer o pagamento ao Exército foi reiterada pelos peticionários em junho e 4 de agosto de 2009¹⁰⁶. Em 5 de agosto de 2009, o referido Juizado solicitou novamente o pagamento da reparação civil ao Exército¹⁰⁷, e naquela data os peticionários reiteraram novamente que se requisitasse o pagamento ao terceiro responsável¹⁰⁸.

85. Em 30 de novembro de 2009, o Escritório de Tesouraria do Escritório Geral de Economia do Exército, emitiu ao referido Juizado o Depósito Judicial pela quantia de cinco mil novos sóis peruanos a favor de Luís Alberto Bejarano Laura, e quinze mil novos sóis peruanos a favor de Zulema Tarazona Arrieta, correspondente à quitação da reparação civil¹⁰⁹. Em 15 de dezembro de 2009, o 4º Juizado Penal Supraprovincial notificou a Víctor Tarazona Hinostriza, pai de Zulema Tarazona Arrieta, que o Escritório Geral de Economia do Ministério da Defesa do Exército do Peru havia destinado a quantia de 15.000 novos sóis peruanos a seu favor¹¹⁰.

86. De acordo com o que foi informado pelos mesmos representantes, o Ministério da Defesa depositou efetivamente o restante da reparação ordenada pela sentença condenatória de 23 de julho de 2008 (pars. 79 e 80 *supra*), o qual foi entregue aos herdeiros legais de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Teresa Pérez Chávez, assim como a Luís Alberto Bejarano Laura, antes de julho de 2011¹¹¹.

87. Portanto, não existe controvérsia em relação ao fato de que a totalidade das indenizações ordenadas na sentença condenatória foi paga pelo Estado.

¹⁰³ Cf. Ofício n° 2005-00069-0-4TO.JPSP emitido pelo 4º Juizado Penal Supraprovincial da Turma Penal Nacional, de 4 de março de 2009 (expediente de prova, fls. 322 a 323).

¹⁰⁴ Cf. Escrito da APRODEH e da FIDH dirigido ao Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial, recebido em 27 de abril de 2009 (expediente de prova, fls. 324 a 326).

¹⁰⁵ Cf. Decisão exarada pelo 4º Juizado Penal Supraprovincial no expediente 2005-00069, de 28 de abril de 2009 (expediente de prova, fls. 3.121 a 3.122).

¹⁰⁶ Cf. Escrito da APRODEH e da FIDH dirigido ao Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial, no caderno de execução de sentença (expediente de prova, fls. 327 a 328); e Escrito da APRODEH e da FIDH dirigido ao Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial recebido em 4 de agosto de 2009, (expediente de prova, fls. 329 a 330).

¹⁰⁷ Cf. Registro de notificação judicial emitido pelo 4º Juizado Penal Supraprovincial, de 5 de agosto de 2009, recebido pela APRODEH em 21 de agosto de 2009 (expediente de prova, fls. 331 a 332).

¹⁰⁸ Cf. Escrito da APRODEH e da FIDH dirigido ao Juiz do 4º Juizado Penal Supraprovincial, recebido em 19 de novembro de 2009 (expediente de prova, fls. 333 a 334).

¹⁰⁹ Cf. Ofício n° 097327 OGECOE / E-9c.19.04 e Ofício n° 097326 OGECOE / E-9c.19.04 emitidos pelo Escritório da Tesoureira do Escritório Geral de Economia do Exército, de 30 de novembro de 2009 (expediente de prova, fls. 3.135 a 3.139).

¹¹⁰ Cf. Notificação judicial emitida pelo 4º Juizado Penal Supraprovincial a Víctor Tarazona Hinostriza, de 15 de dezembro de 2009 (expediente de prova, fls. 335 a 336).

¹¹¹ Informado pelos peticionários em seu escrito de 27 de julho de 2011. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório de Mérito n° 77/12, *Tarazona Arrieta e outros*, 8 de novembro de 2012, par. 120 (expediente de prova, fl. 33).

VIII Mérito

88. Considerando as violações dos direitos da Convenção alegadas no presente caso, a Corte realizará as seguintes análises: 1) Os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como de Luís Bejarano Laura; 2) O direito à vida de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, e o direito à integridade pessoal de Luís Bejarano Laura; 3) O direito à integridade pessoal dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luís Bejarano Laura; e 4) O dever de adequar o direito interno.

VIII-1.

Os Direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial

A. Argumentos das partes e da Comissão

89. A **Comissão** alegou que a investigação em nível interno não foi realizada em um prazo razoável. Em relação ao conhecimento do caso pela jurisdição ordinária, ressaltou que a Promotoria nunca solicitou os fuzis dos mais de 15 membros da patrulha, tampouco, realizou a prova de parafina neles, nem reconstruiu a cena do crime ou elaborou planos forenses. Acrescentou que o processado não foi posto à disposição da Promotoria por parte do Exército, apesar de se encontrar recluso nas instalações militares e levando em consideração a respectiva ordem de prisão. Ademais, considerou comprovado que durante 7 anos (de 12 de dezembro de 1995 a 21 de janeiro de 2003, data em que se desarquivou o processo) os familiares das supostas vítimas não contaram com um recurso efetivo para fazer valer seus direitos, como consequência da aplicação das Leis de Anistia n° 26.492 e n° 26.479, o que constituiu um fator de demora nas investigações. Com relação à etapa posterior ao desarquivamento do caso, até que a sentença condenatória se tornou coisa julgada, a Comissão observou que a investigação da Promotoria foi caracterizada pela falta de impulso de ofício¹¹². Além disso, indicou que desde o desarquivamento não foram realizadas diligências a fim de localizar Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, e, por conseguinte, foi localizado somente dois anos depois, quando as autoridades notificaram que se encontrava em prisão por ter cometido outro delito.

90. Os **representantes** alegaram que houve violação do direito ao juiz natural e ao devido processo, em relação ao direito de acesso à justiça das vítimas e seus familiares, em razão da antecipação do processo por parte da jurisdição penal militar, a qual seria “manifestamente incompetente” para conhecer do caso. Não obstante,

¹¹² Em particular, destacou que a Promotoria solicitou em quatro oportunidades a ampliação do prazo de instrução, e que no momento em que a Promotoria apresentou a acusação praticamente não haviam sido realizadas diligências diferentes às adiantadas antes do arquivamento do processo.

manifestaram que a investigação não foi realizada dentro de um prazo razoável¹¹³, tendo em vista que a investigação antecipada perante a jurisdição ordinária atrasou em 14 anos, o que ocorreu devido ao arquivamento do processo como consequência da aplicação das leis de anistia, ao atraso injustificado na realização de diligências posteriores ao desarquivamento para a localização e detenção de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo entre 1995 e 2003, e à dilação no cumprimento do pagamento da obrigação de reparar.

91. Além disso, os representantes sustentaram que o Estado não realizou uma investigação diligente, pois as autoridades não recolheram as declarações dos membros da patrulha e do acusado. Ainda, uma vez desarquivado o processo em 2003, foi solicitada em quatro oportunidades a prorrogação do término da investigação sem que durante as referidas prorrogações fossem realizadas as diligências requeridas. Por outro lado, mencionaram a suposta falta de colaboração das autoridades, em especial daquelas pertencentes ao foro militar, na localização e colocação à disposição de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, assim como a suposta falta de diligência para investigar, o que se evidenciaria na excessiva duração dos processos, ausência de informação para identificar e individualizar os responsáveis e o descumprimento das medidas de “coerção pessoal”, entre outros. Outrossim, os representantes indicaram que durante o processo penal não haviam sido levadas em consideração todas as pessoas e todos os fatos do caso, de modo que o Estado não investigou as pessoas que deveriam ter exercido controle sobre seus subalternos.

92. Segundo o **Estado**, os órgãos competentes para administrar a justiça no Peru asseguraram que, no presente caso, o responsável pelos fatos fosse identificado, investigado, julgado e sancionado, bem como, foi obtida a reparação das consequências dos fatos. Concluiu que o exposto garante que as investigações realizadas são compatíveis com as garantias judiciais e com a proteção judicial estabelecida na Convenção. Argumentou que não foi violado o direito ao prazo razoável¹¹⁴, tendo em vista que o período decorrido entre a primeira acusação da Promotoria apresentada pela 27ª Promotoria Penal de Lima e as modificações normativas no sistema penal peruano como consequência da Sentença do caso *Barrios Altos*, não pode ser considerado no cálculo do tempo. Isto porque o Estado já havia sido sancionado em sede internacional e, em cumprimento à Sentença de *Barrios Altos*, havia realizado diversas ações para compatibilizar o sistema nacional com os padrões internacionais. Acrescentou que o cálculo do tempo transcorrido para estabelecer uma suposta violação ao princípio do prazo razoável deveria começar

¹¹³ Indicaram, entretanto, que não se tratou de um procedimento complexo, que os familiares das vítimas realizaram as atividades necessárias para que as investigações fossem realizadas, e que a conduta das autoridades responsáveis do processo foi negligente.

¹¹⁴ O Estado adicionou que se trata de um procedimento complexo, pois Evangelista Pinedo era membro do Exército, o que gerou uma solicitação de declínio de competência promovida pelo foro militar. Indicou que os petiçãoários não cumpriram com o procedimento de legalização de sentenças supranacionais estabelecido no artigo 151 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, motivo pelo qual a solicitação de reabertura obteve um parecer negativo; e porque Evangelista Pinedo, no segundo processo seguido no foro civil, foi declarado réu ausente por um determinado período.

a contar a partir de 21 de janeiro de 2003, data em que o juizado de Lima ordenou o “desarquivamento” do processo até a data em que a sentença condenatória tornou-se coisa julgada, em 23 de julho de 2008.

93. Por fim, o Estado considerou que não houve dilação para o cumprimento do pagamento da reparação civil, pois o referido pagamento está sujeito aos procedimentos estabelecidos na lei orçamentária, e que um prazo de dois anos e seis meses para cumprir com a totalidade de uma obrigação declarada em uma sentença transitada em julgado é razoável e convencional. O Estado considerou que todas as solicitações de ampliação do prazo na etapa de instrução tiveram algum fundamento. Acrescentou que o fato de os representantes não poderem impugnar a pena pelo estabelecido no artigo 290 do Código de Procedimentos Penais não viola nenhum direito e que não é de interesse da parte civil que se aumente a pena do acusado¹¹⁵.

94. Do mesmo modo, o Estado assinalou que o autor dos fatos foi o membro do Exército que disparou de forma acidental e que o Ministério Público decidiu processar e denunciar somente esta pessoa. Além disso, por não serem inseridos outros responsáveis na acusação da Promotoria, estes não poderiam ser objeto de pronunciamento por parte da Turma Penal Nacional. Alegou que a condenação imposta ao responsável foi o resultado de uma ponderação por parte das autoridades judiciais, e com relação à alegação de que não se cumpriu de maneira efetiva a pena, assinalou que o Código de Execução Penal regulamenta o cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual prevê em seu artigo 42, inciso 3, que um dos benefícios penitenciários é o regime semiaberto, e que a outorga desse benefício ao condenado não viola nenhum direito estabelecido na Convenção Americana.

B. Considerações da Corte

95. A Corte considerou que o Estado tem a obrigação de prover recursos judiciais efetivos às pessoas que aleguem ser vítimas de violações aos direitos humanos (artigo 25), recursos que devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), incluídos na obrigação geral, a cargo dos referidos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1)¹¹⁶.

96. No presente caso, a Comissão e os representantes alegaram que o Estado havia violado os artigos 8 e 25 da Convenção pelos seguintes motivos: a) pela alegada ausência de um prazo razoável do processo penal seguido contra o autor dos fatos; b) pela alegada ausência da devida diligência nas investigações; c) pelo arquivamento do caso à raiz da aplicação da lei de anistia; d) pela submissão do caso à jurisdição militar; e) pela alegada falta de proporcionalidade da pena aplicada

¹¹⁵ O Estado também indicou que os representantes poderiam ter solicitado a inaplicação desta norma para o caso concreto, de acordo com o artigo 138 da Constituição Política do Peru, mas não o fizeram.

¹¹⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C, n° 1, par. 91; e *Caso Gutiérrez e Família Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C, n° 271, par. 97.

ao condenado; f) pelo alegado descumprimento efetivo da pena imposta; g) pela impossibilidade de impugnar a pena imposta; h) pela limitação estabelecida na legislação processual vigente em torno da proporcionalidade das penas previstas para o tipo de fatos objeto do presente caso; e i) por não haver processo a outros possíveis responsáveis pelos fatos.

97. Em seguida, a Corte analisará as alegações referidas à alegada ausência de um prazo razoável do processo interno seguido contra o autor dos fatos, para, posteriormente, analisar a alegada ausência da devida diligência nas investigações e, finalmente, avaliar de maneira conjunta as alegações anteriormente mencionadas de c) a i).

B.1. A alegada ausência de um prazo razoável dos processos internos

98. Este Tribunal assinalou que o “prazo razoável”, a que se refere o artigo 8.1 da Convenção, deve ser apreciado em relação à duração total do processo que se desenvolve até que seja exarada uma sentença definitiva¹¹⁷. Ademais, no presente caso, o período correspondente à etapa de execução da sentença judicial, a fim de se realizar, efetivamente, o pagamento da indenização, deve também ser levado em consideração para a análise do prazo razoável, pois a reparação civil surge como parte do processo penal ao qual foi submetido o autor dos fatos¹¹⁸.

99. No presente caso, a Corte constata que a duração total do processo penal seguido contra Evangelista Pinedo foi de aproximadamente 16 anos e 2 meses, computado entre o primeiro ato do processo, em 2 de novembro de 1994, e a execução da sentença condenatória transitada em julgado, em 6 de janeiro de 2011. Este Tribunal constata que durante este período, o processo penal esteve arquivado por mais de 7 anos e 4 meses, entre 11 de setembro de 1995 e 21 de janeiro de 2003.

100. Embora em termos gerais a Corte deve considerar a duração global de um processo para a análise de seu prazo razoável, em certas situações particulares pode ser pertinente uma avaliação específica de suas distintas etapas¹¹⁹. Neste caso, para efeito de análise do prazo razoável, pode-se distinguir diferentes fases de procedimento, as quais correspondem a períodos diferenciados no decorrer do processo seguido contra Evangelista Pinedo.

101. A primeira transcorre entre 2 de novembro de 1994 e 11 de setembro de 1995, tempo que se passou entre a denúncia penal e o arquivamento do caso. A segunda abrange o período entre 11 de setembro de 1995 e 21 de janeiro de 2003, tempo durante o qual o processo esteve arquivado. Esta fase inclui o período de um

¹¹⁷ Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n° 35, par. 71; e *Caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n° 277, par. 217.

¹¹⁸ Cf. *Caso Furlán e Familiares Vs. Argentina*, par. 151. Sobre o presente caso, ver: Sentença emitida pela Turma Penal Nacional no expediente n° 13-06, em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fls. 55 a 65).

¹¹⁹ Cf. *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n° 270, par. 403. Ver também, TEDH. *Caso Bunkate Vs. Holanda* (n° 13645/88). Sentença de 26 de maio de 1993, pars. 20 a 23; e *Caso Pugliese Vs. Itália* (n° 2) (n° 11.671/85). Sentença de 24 de maio de 1991, par. 19.

ano e nove meses decorridos entre a solicitação de “desarquivamento” em 2002 e a reabertura do caso em 2003. Por fim, a terceira fase vai de 21 de janeiro de 2003 até 6 de janeiro de 2011, período entre a reabertura do caso e o pagamento por parte do Estado das reparações em cumprimento à sentença condenatória.

102. A Corte reitera sua jurisprudência que a ausência de razoabilidade no prazo para o desenvolvimento de uma investigação ou de um procedimento constitui, em princípio, *per se*, uma violação das garantias judiciais. De maneira consistente, este Tribunal levou em consideração quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: i) complexidade do assunto; ii) atividade processual do interessado; iii) conduta das autoridades judiciais; e iv) afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo¹²⁰.

103. No que concerne ao primeiro elemento, a complexidade do caso, a Corte constata que não se trata de um caso complexo. A respeito, nota que o processo penal seguido contra o autor dos fatos não envolvia aspectos de debates jurídicos que poderiam justificar um atraso de 14 anos em razão da complexidade do assunto. Dessa forma, este Tribunal, em particular, leva em consideração que no presente caso Antonio Evangelista Pinedo confessou sua responsabilidade no dia seguinte à ocorrência dos fatos, há testemunhas que coincidem em suas versões do ocorrido, e não consta que existem outros elementos probatórios que apresentam complexidades.

104. Com referência à atividade processual dos interessados, este Tribunal constata que surge das alegações e dos elementos probatórios apresentados que estes impulsionaram o processo e intervieram no que lhes correspondia. Mais especificamente, este Tribunal constata que os interessados solicitaram ser parte civil no processo, a inaplicação da lei de anistia, a reabertura do processo penal, a nulidade da sentença condenatória referente à reparação civil e, em várias ocasiões, que fosse atualizada a ordem de prisão do réu.

105. Em relação ao terceiro elemento, a Corte efetuará sua análise nos parágrafos seguintes (pars. 106 a 121 *infra*). No que se refere ao quarto elemento, a saber, o grau de uma potencial afetação à situação jurídica das pessoas envolvidas no processo pela duração deste, este Tribunal considera que não foram apresentados pela Comissão e pelos representantes elementos que permitissem concluir que poderia ter gerado uma afetação relevante à situação jurídica das pessoas ou razões pelas quais deveria se ter dado uma especial celeridade a este processo.

106. Com relação à conduta das autoridades, este Tribunal constata que surge da prova que vários elementos podem ter influenciado na duração do processo penal seguido contra o responsável: i) os aspectos relacionados com a duração referente à abertura da instrução; ii) os aspectos relacionados com a determinação do juiz competente, levando em consideração que por aproximadamente um ano o caso

¹²⁰ Cf. *Caso Vale Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n° 192, par. 155; e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n° 281, par. 246.

era conhecido por duas jurisdições distintas (a ordinária e a militar); iii) em várias oportunidades o promotor solicitou ampliações dos prazos para efetuar diligências de investigação, os quais foram outorgados, salvo em uma ocasião; iv) o arquivamento do caso pela aplicação da Lei de Anistia, que dilatou, por um período aproximado de 7 anos, o desenvolvimento do processo; v) a prisão efetiva do responsável; e vi) o tempo transcorrido para tornar efetivo o pagamento das reparações. Em seguida, a Corte referir-se-á a cada um destes elementos na ordem estabelecida anteriormente.

i) *Sobre a abertura da instrução penal*

107. A Corte nota que consta do expediente que a Promotoria Geral da Nação havia recebido a denúncia da Coordenadora Nacional dos Direitos Humanos em 12 de agosto de 1994 e que em 2 de novembro de 1994, o Promotor Provincial formulou uma denúncia penal perante o 27º Juizado Penal de Lima contra o acusado. Posteriormente, no dia 25 do mesmo mês e ano, o referido Juizado abriu uma instrução. Do anterior, depreende-se que houve uma demora na abertura da instrução penal de mais de três meses que não se consideraria *per se* como uma quebra do prazo razoável. Ademais, consta da prova que foram realizadas diligências nesse período.

ii) *Sobre o juiz competente e a jurisdição militar*

108. Em 10 de agosto de 1994, foi apresentada uma denúncia referente aos acontecimentos ao Coronel Presidente do Conselho de Guerra, e em 12 de agosto de 1994, a Promotoria Geral da Nação recebeu uma denúncia da CNDDHH (par. 39 *supra*). Posteriormente, em 31 de agosto de 1994, o Conselho de Guerra abriu instrução e ordenou que se dirimisse conflito de competência com a jurisdição penal ordinária. Dessa forma, em 25 de novembro de 1994, o Juizado Penal abriu instrução e, em 24 do mesmo mês e ano, o Juizado Militar havia solicitado ao Juizado Penal que este declinasse o conhecimento da instrução (par. 43 *supra*). Em 20 de junho de 1995, o Conselho Supremo de Justiça Militar ordenou, entre outros, o arquivamento definitivo da causa (par. 52 *supra*). Ademais, em 11 de setembro de 1995, o Juizado Penal ordenou o arquivamento definitivo da causa pela aplicação da Lei de Anistia e, aproximadamente três meses depois que o caso foi arquivado, o mesmo tribunal declarou infundada a solicitação de declínio de competência apresentada pelo Juizado Militar, por se tratar de um homicídio simples (pars. 44 e 59 *supra*).

109. A Corte constata que a Comissão e os representantes formularam alegações a respeito de uma suposta violação ao direito a um juiz natural ou competente. A respeito, este Tribunal considera que no presente caso não corresponde uma análise dessa alegada violação, pois o processo contra o autor dos fatos esteve sob o conhecimento da jurisdição militar por menos de um ano e que, posteriormente, na reabertura da causa, esta somente foi conhecida pela jurisdição ordinária, a qual, por fim, condenou o responsável. Portanto, somente corresponde uma análise do impacto

sobre o prazo razoável do processo o fato de ter estado, durante um determinado período de tempo, sob o conhecimento da jurisdição militar, além da ordinária¹²¹.

110. A respeito, este Tribunal considera que não surge da prova que o fato de que o imputado se encontrava, durante um período de menos de um ano, investigado pela jurisdição militar e pela ordinária simultaneamente, tenha contribuído para a demora dos processos. Dessa forma, consta que se adiantaram diligências em ambas as jurisdições, sem que este fato houvesse obstaculizado um ou outro processo. Ademais, a jurisdição militar nunca reabriu o expediente depois de seu arquivamento pela aplicação da Lei de Anistia, pois a coincidência das duas jurisdições não se manifestou durante o restante do processo. Dessa forma, este Tribunal não considera que o conhecimento do caso pela jurisdição militar por certo período tenha acarretado em uma demora, impedindo que o processo penal pudesse ser concluído dentro de um prazo razoável.

iii) *Sobre a ampliação do prazo para a execução de várias diligências*

111. A Corte nota que, em 25 de abril de 1995, 12 de maio de 2003 e 7 de maio de 2004, a Promotoria solicitou ampliações dos prazos para a execução de várias diligências, as quais foram outorgadas pelo juiz penal (pars. 47, 65 e 68 *supra*). Dessa forma, em 2 de agosto de 2005, o juiz penal ampliou o prazo, de ofício, por 30 dias, para depois declinar o conhecimento do caso (pars. 70 e 71 *supra*). Em 30 de maio de 2006, a Promotoria solicitou uma prorrogação de prazo de mais 20 dias, o qual foi denegado pela Turma Penal Superior, assinalando que “foi ampliado o referido prazo em reiteradas ocasiões” (par. 73 *supra*).

112. Portanto, especialmente na segunda etapa processual depois da reabertura do processo, foram outorgadas várias ampliações de prazo. Para um caso que não apresenta grandes complexidades fáticas ou jurídicas, não consta das provas as razões pelas quais as referidas diligências não puderam ser realizadas na primeira etapa da investigação e de maneira mais expedita. De outra parte, a Corte toma nota que dois tribunais internos diferentes indicaram que havia sido ampliado o prazo em reiteradas ocasiões e que um deles, a Turma Penal Nacional, assinalou que “se excedeu em demasiado o prazo de instrução assinalado na lei” (par. 73 *supra*). Em consequência, a Corte estabelece que a ampliação de vários prazos depois da reabertura do processo penal teve um impacto negativo no prazo razoável do processo.

iv) *Sobre o arquivamento do caso por aplicação da Lei de Anistia*

113. Em 11 de setembro de 1995, o Juizado Penal declarou fundamentada a exceção de coisa julgada apresentada pelo condenado, baseando-se na Lei de Anistia, e determinou o arquivamento definitivo da causa (par. 59 *supra*) e, como consequência

¹²¹ Cf. *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n° 259, pars. 158 e 159.

desse ato, o imputado foi posto em liberdade. Em 19 de abril de 2001, a parte civil apresentou uma solicitação de “desarquivamento” do processo e em 21 de janeiro de 2003 o 16º Juizado Penal de Lima ordenou o solicitado e reabriu o caso penal¹²² (pars. 60 e 64 *supra*). Não obstante, desde a reabertura do processo até o momento no qual foi preso, o imputado deteve a qualidade de “réu ausente” durante um período de mais de cinco anos, não podendo ser aberto o júizo oral contra este.

114. A Corte constata que o procedimento no presente caso foi reaberto pelo tribunal interno competente, depois que a Corte Interamericana estabeleceu que as Leis de Anistia nº 26.479 e nº 26.492 eram incompatíveis com a Convenção Americana, que estas careciam de qualquer efeito. A respeito, o referido Juizado Penal de Lima indicou que “por aplicação extensiva, corresponde aplicar o resolvido pela Corte Interamericana ao presente caso, no mérito relativo a que a tramitação do processo [...] estabeleceu sobre a aplicação das Leis [nº 26.479 e nº 26.492]; consequentemente, foi ordenado o desarquivamento do processo seguido contra [Antonio] Mauricio Evangelista Pinedo”. Assim, o Estado indicou, de maneira geral, que “a partir da sentença do caso *Barrios Altos*, [foram] adotadas as medidas condizentes para que as Leis de Anistia não [tivessem] qualquer efeito jurídico interno”.

115. Em relação ao exposto, o Tribunal constata que, no presente caso, a jurisdição interna determinou que o procedimento deveria ser reaberto em razão da aplicação das Leis de Anistia, as quais haviam sido declaradas não convencionais por esta Corte. Como consequência, levando em consideração a sentença do tribunal interno referente à aplicação das leis de anistia no presente caso, e tendo em vista que em conformidade com o decidido nessa sentença o caso não deveria ter sido arquivado, a Corte considera que o período de arquivamento do caso com base na aplicação da Lei de Anistia, assim como, o período transcorrido entre a solicitação de “desarquivamento” e sua reabertura, afetaram de maneira negativa o referido prazo.

v) *Sobre a efetiva prisão do responsável*

116. Este Tribunal nota que, durante a primeira etapa da investigação pelos fatos objeto do presente caso, o processado não foi colocado à disposição da Promotoria por parte do Exército, foi alegado, sem que fosse contestado, que se encontrava recluso no presídio militar de Rimac, em setembro de 1994, no âmbito da investigação na jurisdição militar. Posteriormente, o processo foi arquivado a partir de setembro de 1995 até janeiro de 2003 e, como consequência desse ato, o então suposto responsável foi posto em liberdade. A Corte nota que após a reabertura do processo penal, a partir de 2003, as autoridades realizaram várias diligências em relação à ordem de prisão de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo em 2003, 2005, 2007 e 2008 (pars. 75 a 78 *supra*)¹²³. Não surge da prova que estas tenham sido inadequadas. De outra parte,

¹²² O Estado alegou que o período de 1 ano e 277 dias que passou entre a solicitação e a reabertura foi devido à falta de apresentação pela parte civil de uma cópia autenticada da Sentença.

¹²³ Consta que em 2003 e 2005 um tribunal interno ampliou o prazo de instrução para várias diligências, incluindo a localização e detenção do acusado. Em 2007, a Turma Penal Nacional ordenou o mesmo,

consta que, ao menos a partir de 20 de junho de 2008, o autor dos fatos se encontrava sob custódia do Estado, sem que se depreenda do expediente a informação sobre o momento da detenção.

117. Em relação ao exposto, este Tribunal observa que, neste caso concreto, as autoridades tinham a obrigação de realizar as diligências necessárias para que Evangelista Pinedo pudesse ser localizado para posteriormente ser processado. Sem prejuízo, esta Corte recorda que a referida obrigação é de meios ou de comportamento e não pode ser considerada como descumprida pelo mero fato de que não produza resultado¹²⁴. Como consequência, este Tribunal considera que não foi provado que a conduta das autoridades relacionada à prisão efetiva do acusado houvesse impactado no prazo razoável do processo penal.

vi) *Sobre o tempo transcorrido para fazer efetivo o pagamento de reparações*

118. De outra parte, referente ao pagamento das reparações em nível interno, em execução da sentença condenatória, consta que, em 23 de julho de 2008, a Turma Penal Nacional proferiu a referida sentença contra o réu. Em 27 de abril de 2009, os petionários solicitaram ao juiz que requeresse o pagamento da reparação civil ao Exército peruano, que havia sido condenado solidariamente a pagar tal reparação. Em 5 de agosto de 2009, o juiz penal solicitou o pagamento ao Exército e recentemente, em 6 de janeiro de 2011, mais de dois anos depois da emissão da sentença condenatória, foi finalizado o pagamento total das reparações aos beneficiários.

119. A respeito, e em relação à alegação do Estado de que não houve dilação para o cumprimento do pagamento da reparação civil, pois este estaria sujeito aos procedimentos estabelecidos na lei orçamentária, este Tribunal estabelece, como em outros casos referentes ao Peru, que as normas orçamentárias não podem justificar a demora, durante anos, para o cumprimento de sentenças¹²⁵.

120. Como consequência, a Corte estabelece que o prazo para o efetivo pagamento da reparação civil em nível interno, pelo Estado, como parte do processo penal que demorou mais de dois anos, violou o princípio do prazo razoável.

oficiando ao Escritório da Divisão de Requisições da Polícia Nacional do Peru e ao Escritório de Requisições Distrital, assim como à Direção de Migrações do Ministério do Interior e ao Escritório Nacional de Processos Eleitorais (ONPE), com o objetivo de obter seus movimentos migratórios e saber se havia votado nas últimas eleições, à Polícia Judicial a fim de que apresentasse um relatório referente às diligências e às ações efetuadas a fim de conseguir localizar e deter o réu. Consta que ao menos os dois primeiros relatórios foram apresentados naquele mesmo ano. Em 2008, foi reiterada a ordem de prisão. Naquele mesmo ano, a Polícia Judicial informou que não havia sido possível a localização e prisão do acusado, continuando as diligências correspondentes. O Estado indicou que, em 27 de junho de 2008, a turma Penal Nacional marcou data para o início do Juízo Oral, pois a Secretaria de *Mesa de Partes* informou que o acusado se encontrava recluso no Estabelecimento Penal de Lurigancho.

¹²⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n° 4, par. 177; e *Caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n° 277, par. 183.

¹²⁵ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru*, par. 75 parafina em todos os membros da patrulha, a reconstrução da cena do crime ou a realização de planimetria forense.

vii) *Conclusão*

121. Em conclusão, a Corte considera que, referente ao primeiro período que transcorreu entre a instrução penal e o arquivamento do caso, o Estado não violou o prazo razoável, conforme a análise dos elementos realizada anteriormente. Em relação ao segundo período referente ao arquivamento do caso, este Tribunal estabelece que o Estado violou o prazo razoável, incluindo o período transcorrido entre a solicitação de “desarquivamento” e a reabertura do caso. Durante este período, foi liberado o então suposto responsável dos fatos e não foi efetuada nenhuma diligência em relação ao caso, porque esteve arquivado por mais de sete anos em aplicação da Lei de Anistia, a qual, posteriormente, foi considerada sem efeito pelo tribunal interno. Por fim, referente ao terceiro período, da abertura do caso até o pagamento pelo Estado das reparações, em execução da sentença condenatória, a Corte estabelece que neste período de oito anos aproximadamente, no qual foram, ademais, outorgadas várias ampliações de prazos processuais, as atuações das autoridades excederam os limites do prazo razoável, tendo o Estado violado o referido princípio durante este período.

122. Portanto, o Tribunal considera que foi violado o princípio do prazo razoável do processo penal interno seguido contra Antonio Mauricio Evangelista Pinedo, contido no artigo 8.1 da Convenção Americana, em conexão ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Luis Bejarano Laura, Víctor Tarazona Hinostroza, Lucila Arrieta Bellena, Santiago Pérez Vera e Nieves Emigdia Chávez Rojas.

B.2. A alegada ausência da devida diligência na investigação

123. Este Tribunal constata que a Comissão e os representantes alegaram que a investigação dos fatos não cumpriu com os requisitos da devida diligência pelos seguintes motivos: i) o Exército não colocou à disposição das autoridades civis o fuzil que o responsável havia disparado, e nem os fuzis pertencentes aos demais membros da patrulha para a realização de diligências posteriores; ii) não consta que o Promotor responsável pelo caso solicitou ao Exército a custódia das referidas armas; e iii) a Promotoria não ordenou que fosse praticado exames periciais adicionais após ser informada dos fatos, como por exemplo a realização da prova de parafina em todos os membros da patrulha, a reconstrução da cena do crime ou a realização de planimetria forense.

124. Com relação ao exposto, a Corte recorda que a obrigação do Estado de investigar consiste principalmente na determinação das responsabilidades, e, se for o caso, no ajuizamento e eventual condenação. Dessa forma, este Tribunal reitera que a referida obrigação é de meio ou de comportamento e que não é descumprida pelo único fato de que a investigação não produza um resultado satisfatório. Adicionalmente, as diligências realizadas para a investigação dos fatos devem ser valoradas em conjunto e não compete à Corte, em princípio, resolver a procedência das medidas de investigação¹²⁶.

¹²⁶ Cf. *Caso Castillo González e outros Vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 27 de novembro de 2012. Série C, n° 256, par.153.

125. No presente caso, a investigação dos fatos permitiu recuperar certos elementos probatórios, determinar o ocorrido e identificar o responsável pelos fatos. Portanto, a Corte considera que não foi demonstrado que os erros alegados pelos representantes e pela Comissão, em relação ao conjunto das diligências efetuadas pelo Estado, incidiram de maneira determinante no esclarecimento das circunstâncias do caso, nem no resultado final do processo seguido contra o autor dos fatos¹²⁷.

126. Portanto, o Tribunal considera que o Estado não é responsável pela violação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial pela alegada ausência da devida diligência na investigação dos fatos relacionados com o presente caso.

B.3. Outras alegações referentes à suposta violação ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial

127. Em relação às alegações dos representantes sobre a impossibilidade de impugnar a pena imposta e a limitação estabelecida na legislação sobre a proporcionalidade das penas para o tipo de fatos analisados no presente caso (par. 96, itens g) e h) *supra*), a Corte constata que não foi explicado porque motivo essas disposições estabelecidas na legislação interna seriam contrárias à Convenção Americana.

128. Quanto às alegações da Comissão e dos representantes sobre a aplicação da Lei de Anistia e a submissão do caso à jurisdição militar (par. 96, itens c) e d) *supra*), o Tribunal refere-se a sua análise com relação ao impacto destes no prazo razoável (pars. 109 a 111 e 114 a 116 *supra*) e não os considerará como violações autônomas aos artigos 8 e 25 da Convenção, pois tanto a Lei de Anistia quanto a jurisdição militar deixaram de constituir obstáculos para a resolução judicial do caso.

129. De outra parte, com referência às alegações dos representantes sobre a falta de proporcionalidade da pena aplicada e o cumprimento integral da pena imposta (par. 96, itens e) e f) *supra*), este Tribunal constata que não foram explicados os motivos pelos quais esses fatos seriam constitutivos de violações à Convenção Americana.

130. Com referência à alegação dos representantes sobre o fato que não terem sido processados outros possíveis responsáveis dos fatos (par. 96, item i) *supra*), a Corte nota que o Ministério Público investigou efetivamente esses fatos e decidiu somente processar Antonio Mauricio Evangelista Pinedo como autor do disparo ao micro-ônibus e não a seu superior ou ao soldado que o acompanhava. Não foi apresentada prova, e tampouco, alegações que indiquem que o Ministério Público houvesse tomado essa decisão com base em motivos de caráter fraudulento ou em conluio com as partes envolvidas¹²⁸.

¹²⁷ Cf. *Caso Luna López Vs. Honduras*, par. 167.

¹²⁸ Consta na prova que o superior do responsável dos fatos, o senhor A.N.C.C. foi sancionado com 8 dias de detenção pela falta de controle do pessoal sob seu comando. Cf. Depoimento prestada por A.N.C.C., em 15 de julho de 2003 (expediente de prova, fls. 260 a 265).

131. Portanto, o Tribunal considera que o Estado não é responsável pela violação ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial pelos fatos relacionados às alegações referidas anteriormente (pars. 127 a 130 *supra*).

VIII-2.

Os Direitos à Vida e à Integridade Pessoal de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luís Bejarano Laura (Artigos 4 e 5.1 da Convenção Americana)

A. Argumentos das partes e da Comissão

132. A **Comissão** concluiu que o Peru violou o artigo 4.1 da Convenção, em conexão ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, e o artigo 5.1 da Convenção, combinado com seu artigo 1.1, em detrimento de Luis Alberto Bejarano Laura, tendo em vista que: a) em 4 de agosto de 1994, um membro do Exército causou a morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, e feriu Luis Alberto Bejarano Laura; b) durante uma operação militar na qual não havia sido autorizado a interceptação de veículos, nem a utilização das armas assinaladas, e sem que houvesse qualquer justificativa; e c) não foi realizada uma investigação diligente na primeira etapa do procedimento penal. Não obstante o exposto, a Comissão considerou que, por haver sido processado e condenado o autor dos fatos pelas autoridades jurisdicionais competentes e ter sido realizado o pagamento da indenização moral aos familiares das supostas vítimas falecidas e à Luis Bejarano Laura, ordenado na sentença do tribunal interno, emitida em 23 de julho de 2008, a referida violação foi reparada parcialmente.

133. De outra parte, os **representantes** alegaram que no presente caso “a ação desnecessária, deliberada e desproporcional de um membro do Exército” causou a morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, além de ferir gravemente Luis Bejarano Laura, enquanto o Estado tinha a obrigação positiva de proteger a vida dos cidadãos através da ação das Forças Armadas. Acrescentaram que os soldados não tinham ordem de intervir nos veículos de transporte, somente de solicitar documentos aos transeuntes, e que a intervenção ao micro-ônibus havia ocorrido de maneira violenta e surpreendente, culminando com o disparo da arma de Antonio Mauricio Evangelista Pinedo. Ademais, recordaram que “os dois soldados se retiraram do local sem prestar auxílio às vítimas e informaram seu superior acerca do fato”¹²⁹.

134. O **Estado** alegou que a sentença condenatória do tribunal interno havia assinalado que Antonio Mauricio Evangelista Pinedo atuou com dolo eventual. Indicou, portanto, que não se tratava de uma ação deliberada, e que neste caso o condenado

¹²⁹ Os representantes consideraram, ademais, que, embora os fatos poderiam ser enquadrados dentro da hipótese de “opor resistência à autoridade e impedir a fuga, ainda que a abstenção do uso da força pudesse ter permitido a fuga das pessoas objeto da ação estatal, os agentes não deveriam utilizar a força letal diante de pessoas que não apresentavam uma ameaça ou perigo real, ou iminente aos agentes ou a terceiros”. Consequentemente, indicaram que “o referido acontecimento não constituiu, em definitivo, uma situação de absoluta necessidade. Pelo contrário, os agentes acionaram, de maneira indiscriminada, armas de alto calibre ocasionando feridos e mortos”.

possuía conhecimento prévio da possibilidade de produzir determinada consequência por sua atuação e, ainda assim, aceitou a possível realização do resultado. Neste sentido, indicou que no presente caso se configuraram os tipos legais de homicídio e lesões graves, matéria da condenação por parte da Turma Penal Nacional. Acrescentou que a atuação do condenado não foi produto de uma ordem do Exército para executar pessoas, nem teve como elemento contextual do tipo penal um ataque armado generalizado ou sistemático contra a população civil e com o conhecimento do referido ataque, e que, pelo contrário, se tratou de uma atuação de um membro das Forças Armadas, “fortuita, ocasional e isolada”. Concluiu que com a investigação diligente do processo penal, a condenação por parte das autoridades jurisdicionais nacionais do autor dos fatos, e o efetivo pagamento da indenização aos familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como à Luis Alberto Bejarano Laura, “os fatos matéria do presente caso haviam sido reparados totalmente”.

B. Considerações da Corte

135. No presente caso, corresponde ao Tribunal analisar a responsabilidade internacional do Estado a respeito da morte de Zulema Tarazona Arrieta e de Norma Pérez Chávez, e das lesões causadas a Luis Bejarano Laura, como consequência de um disparo por parte de um membro do Exército contra um veículo de transporte público no qual se encontravam as referidas supostas vítimas. Os argumentos das partes e da Comissão sobre a eventual responsabilidade internacional do Estado relacionada com a alegada ausência de diligência na investigação e de razoabilidade do prazo nos processos internos já foi analisada pela Corte no capítulo sobre a alegada violação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (Capítulo VIII.1 *supra*). Do mesmo modo, depreende-se dos fatos, e das alegações da Comissão e das partes, que a suposta vítima sobrevivente e os familiares das pessoas falecidas foram reparados em sede interna.

136. Em relação ao exposto, esta Corte já expressou que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos “consta de um nível nacional que consiste na obrigação de cada Estado de garantir os direitos e liberdades previstos na Convenção e de sancionar as infrações cometidas” e que “se um caso concreto não é solucionado na etapa interna ou nacional, a Convenção prevê um nível internacional no qual os órgãos principais são a Comissão e esta Corte”. Assim, este Tribunal também indicou que “quando uma questão for resolvida definitivamente na ordem interna conforme as cláusulas da Convenção, não é necessário trazê-la a esta Corte para sua ‘aprovação’ ou ‘confirmação’”¹³⁰.

137. Portanto, a responsabilidade estatal sob a Convenção somente pode ser exigida em nível internacional depois que o Estado tenha a oportunidade de estabelecer, se for o caso, uma violação de um direito e reparar o dano ocasionado por seus próprios meios. Isto está consubstanciado no princípio da

¹³⁰ *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Mérito*. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C, nº 90, par. 33.

complementariedade (ou da subsidiariedade), informado de maneira transversal pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é, tal como expressa o Preâmbulo da referida Convenção Americana, “coadjuvante ou complementar da [proteção] que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Assim, o Estado “é o principal garantidor dos direitos humanos das pessoas, de maneira que, caso se produza um ato violatório dos referidos direitos, é o próprio Estado que tem o dever de resolver o assunto em nível interno e, [se for o caso] reparar, antes de ter que responder perante instâncias internacionais como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o qual decorre do caráter subsidiário que se reveste o processo internacional frente aos sistemas nacionais de garantias dos direitos humanos”¹³¹. O referido caráter subsidiário da jurisdição internacional significa que o sistema de proteção instaurado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos não substitui as jurisdições nacionais, mas sim as complementa.

138. No presente caso, este Tribunal observa que, como assinalado anteriormente (par. 2.a *supra*), a petição inicial foi apresentada perante a Comissão, em 22 de janeiro de 1996, aproximadamente quatro meses depois do arquivamento do caso por parte do Juizado Penal (par. 59 *supra*), quando o Estado ainda não havia processado penalmente o responsável pelos fatos, nem, tampouco, reparado as supostas vítimas. Em 3 de junho de 2013, a Comissão submeteu o caso ao conhecimento da Corte (par. 2.e *supra*), isto é, ao fim de um período de mais de 17 anos após a apresentação da petição inicial.

139. No referido período, durante o qual o caso esteve sob o conhecimento da Comissão, o processo penal foi desarquivado, os fatos investigados, o responsável julgado e condenado, assim como as supostas vítimas reparadas pelas autoridades peruanas. A Comissão, em seu escrito de submissão do caso perante a Corte, reconheceu que isto implicava que a alegada violação dos direitos à vida e à integridade pessoal foi “reparada parcialmente”. No entanto, em suas observações finais apresentadas na audiência pública realizada neste caso, indicou que a Comissão via “a necessidade de apresentar à Corte Interamericana um caso cuja solução não estava completa, nem exigia maiores esforços por parte do Estado”, entre outros, “pela necessidade de obtenção de justiça perante o descumprimento das recomendações por parte do Estado do Peru”, porque “o Estado indicou que não cumpriria a recomendação”, e “a solicitação expressa das vítimas e seus familiares”.

140. Com relação ao exposto, depreende-se da prova contida no expediente que os órgãos de administração de justiça penal peruanos investigaram de maneira efetiva, processaram e condenaram o responsável pelo acontecido, e repararam pecuniariamente os familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como a Luis Bejarano Laura. Portanto, nas circunstâncias particulares do caso e

¹³¹ *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n°157, par. 66; e *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n° 259, par. 142.

levando em consideração o estabelecido na Convenção Americana, a Corte considera que, na aplicação do princípio da complementariedade, não é necessário, neste caso, analisar as alegadas violações aos direitos à vida e à integridade pessoal.

141. Em consequência, a Corte não se pronunciará sobre a responsabilidade internacional do Estado pelas alegadas violações aos artigos 4.1, em conexão ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, e o 5.1 combinado com o 1.1 da Convenção, em detrimento de Luis Bejarano Laura.

VIII-3.

Direito à Integridade Pessoal dos Familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luís Bejarano Laura (Artigo 5 em relação ao 1.1 da Convenção)

A. Argumentos das partes e da Comissão

142. A **Comissão** considerou que a violação por parte do Estado dos direitos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e a um recurso efetivo, em detrimento das supostas vítimas, assim como a demora no efetivo pagamento da reparação moral a elas, havia gerado nos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luis Bejarano Laura, “sofrimento, angústia, insegurança, frustração e impotência perante as autoridades estatais”. Os **representantes** argumentaram que os familiares das supostas vítimas haviam “sofrido intensamente diante da repentina e inesperada perda de seus entes queridos, assim como também pelas lesões graves causadas a uma das supostas vítimas”. Assim, indicaram que tal sofrimento havia “se somado como consequência das múltiplas dificuldades suscitadas durante a tramitação do processo penal [...] o que representou um sofrimento adicional à própria perda ou lesão causada às [supostas] vítimas”, o qual não havia sido reparado.

143. O **Estado** alegou que realizou as investigações sobre os fatos denunciados, e, portanto, não pode ser considerado responsável pela alegada violação do direito à integridade dos familiares das supostas vítimas. Acrescentou que “é possível que o sofrimento dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como de Luís Alberto Bejarano Laura seja similar aos de familiares de vítimas de casos semelhantes”, mas “ao ter sido condenado o autor dos fatos pelas autoridades jurisdicionais nacionais competentes e o pagamento ter sido realizado pela indenização, os fatos, matéria do presente caso, foram reparados totalmente”. Assim, o Estado peruano não se encontrava obrigado a reparar aos familiares de acordo com o direito internacional.

B. Considerações da Corte

144. A Corte determinou em sua jurisprudência que certas violações de direitos humanos poderiam causar nos familiares das supostas vítimas sofrimento e angústia, ademais de um sentimento de insegurança, frustração e impotência, e concluiu que tal sofrimento, sem prejuízo da integridade psíquica e moral dos familiares,

poderiam construir uma violação do artigo 5 da Convenção¹³². Trata-se, portanto, de um sofrimento adicional como produto das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus entes queridos e devido às posteriores atuações, ou omissões, das autoridades estatais diante dos fatos¹³³.

145. A Corte considera pertinente recordar que embora tenha determinado que se pode declarar a referida violação em detrimento dos familiares diretos de vítimas de certas violações de direitos humanos, aplicando uma presunção *ius tantom* a respeito de mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, companheiros e companheiras permanentes, isto seria uma possibilidade sempre que isso seja pertinente às circunstâncias particulares do caso, conforme o ocorrido, por exemplo, em alguns casos de massacres, desaparecimentos forçados de pessoas ou execuções extralegais¹³⁴. Não se presume, portanto, a violação da integridade pessoal de familiares em todo tipo de casos, nem a respeito de todos os familiares.

146. Dessa forma, este Tribunal estabeleceu que, em casos que por suas circunstâncias não se presume uma grave violação aos direitos humanos nos termos de sua jurisprudência, a violação da integridade pessoal dos familiares, em relação à dor e ao sofrimento ocorridos, deve ser comprovada¹³⁵. No presente caso, o sofrimento dos familiares das supostas vítimas alegadas pela Comissão e pelos representantes devem ser comprovados para que, se for o caso, seja possível estabelecer uma violação do direito à integridade pessoal dos familiares como uma violação diferente da violação dos demais direitos alegados.

147. De outra parte, este Tribunal constata que as alegações da Comissão e dos representantes sobre o sofrimento padecido pelos familiares das supostas vítimas indicam como sua causa, além da morte e das lesões ocasionadas às supostas vítimas, a prolongação do prazo do processo penal. A respeito da duração excessiva da causa seguida contra Antonio Evangelista Pinedo, a Corte observa que não foi apresentada prova suficiente para estabelecer o sofrimento adicional dos familiares causado pela prolongação do prazo.

148. Em consequência, este Tribunal considera que o Estado não violou o artigo 5.1 da Convenção, combinado com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, de Norma Pérez Chávez e de Luis Bejarano Laura pela prolongação do processo penal seguido contra Antonio Evangelista Pinedo.

149. A Corte refere-se a suas considerações anteriores nas quais indicou que não se pronunciaria sobre a alegada violação dos direitos à vida e à integridade

¹³² Cf. *Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C n° 36, par. 114 e 116; e *Caso Luna López Vs. Honduras*, par. 202.

¹³³ Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n° 134, par. 144, e *Caso Luna López Vs. Honduras*, par. 201.

¹³⁴ Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n° 192, par. 119; e *Caso Luna López Vs. Honduras*, par. 202.

¹³⁵ Cf. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n° 101, par. 232; e *Caso Luna López Vs. Honduras*, par. 203.

pessoal (par. 133 a 139 *supra*) e que, pelas razões expostas, tampouco se pronunciará sobre o sofrimento causado aos familiares pela morte e pelas lesões ocasionadas às referidas supostas vítimas.

VIII-4.

Dever de Adotar Disposições de Direito Interno em relação aos Direitos à Vida e à Integridade Pessoal, assim como às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial (Artigo 2 da Convenção Americana, combinado com os artigos 4, 5, 8 e 25)

A. Argumentos das partes e da Comissão

150. A **Comissão** referiu-se à incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção em seu exame da alegada violação dos artigos 8 e 25 deste instrumento¹³⁶. Em suas observações finais escritas, observou que o Estado não proporcionou informação sobre as “medidas especiais de prevenção do uso arbitrário da força” e que, no momento dos fatos, existia uma “ausência de um marco normativo e de práticas e treinamentos [...] que regulam o uso da força” de agentes estatais, em violação aos artigos 4 e 5 da Convenção, em conexão com os artigos 1 e 2 do mesmo instrumento.

151. Os **representantes** argumentaram que o Estado não cumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, contida no artigo 2 da Convenção Americana, durante o período em que as Leis de Anistia surtiram efeitos jurídicos. De outra parte, alegaram que a legislação interna para “determinar o uso correto da força pública” era inexistente ao momento em que ocorreram os fatos objeto do presente caso. Acrescentaram que o uso da força pública por parte das Forças Armadas atualmente se encontra regulado pelo Decreto Legislativo nº 1.095 do ano 2009, cuja “compatibilidade com a Constituição Política peruana foi questionada através de uma ação de constitucionalidade”. Ademais, alegaram que alguns artigos do referido Decreto são incompatíveis com a Convenção Americana.

152. A respeito das Leis de Anistia, o **Estado** manifestou que não havia violado o artigo 2 da Convenção, pois tomou todas as medidas necessárias para corrigir as “irregularidades produzidas [...] durante a aplicação” de tais leis, em cumprimento ao estabelecido nas Sentenças emitidas pela Corte nos casos *Barrios Altos* e *La Cantuta*, de modo que as Leis de Anistia não tiveram qualquer efeito¹³⁷. Em relação a sua norma interna sobre uso da força, o Estado indicou que a legislação atualmente vigente “não foi aplicada nas investigações dos fatos matéria do presente caso”, e, portanto, os representantes recorrem à Corte Interamericana para solicitar que se pronuncie sobre

¹³⁶ A Comissão alegou que a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, se configuraram combinado com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.

¹³⁷ O Estado indicou que “embora foram promulgadas leis de anistia em 1995 no Peru, o cenário mudou mais adiante pela Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Barrios Altos Vs. Peru*, tendo tomado as medidas para sanar esta situação” e que tal saneamento foi realizado mediante a reabertura de diversos processos que haviam sido arquivados por aplicação da Lei de Anistia. Acrescentou que se haviam “adotado medidas condizentes ao se considerar inexistentes no sistema jurídico nacional tais leis, assim não surtiram efeito na ocasião e não o tem agora”.

uma norma que não guarda qualquer relação com a controvérsia”, e que “o relativo a atual legislação sobre o uso da força é um tema que não aparece mencionado no Relatório de Mérito da Comissão”. Assim, indicou, com relação ao Decreto nº 1.095, que essa norma foi impugnada perante o Tribunal Constitucional peruano e que se encontra pendente de emissão da respectiva sentença, e, portanto, os representantes “contam com os mecanismos processuais estabelecidos pela legislação interna para impugnar uma norma que em sua consideração poderia violar algum direito”.

B. Considerações da Corte

153. Em relação ao artigo 2 da Convenção Americana, o Tribunal já indicou que o mesmo obriga aos Estados Partes a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais e as disposições da Convenção, as medidas legislativas, ou de outra natureza, que forem necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção¹³⁸. Isto é, os Estados não só têm a obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas, também, devem evitar promulgar normas que impeçam o livre exercício destes direitos, e evitar que as normas que os protegem sejam suprimidas ou modificadas¹³⁹.

154. No presente caso, levando em consideração que foram interpostos dois tipos de alegações relacionadas com a suposta violação ao dever de adequar o direito interno, contido no artigo 2 da Convenção, analisar-se-á, a seguir: a) a compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção (artigo 2, combinado com os artigos 8.1 e 25 da Convenção), e b) a legislação sobre o uso da força (artigo 2, combinado com os artigos 4 e 5 da Convenção).

B.1. A Lei de Anistia de 1995

155. A respeito das Leis de Anistia, esta Corte assinalou no caso *Barrios Altos Vs. Peru*, que, em geral, “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidades que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos”¹⁴⁰.

156. Como foi destacado anteriormente, o processo penal seguido contra Antonio Evangelista Pinedo esteve arquivado durante mais de 7 anos e quatro meses pela aplicação da Lei de Anistia nº 26.479 (pars. 59 e 64 *supra*). Posteriormente, o

¹³⁸ Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C nº 30, par. 51; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 270.

¹³⁹ Cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C nº 52, par. 207; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 270.

¹⁴⁰ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito*, par. 41. Da mesma forma, ver *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 164, par. 112 e 114; *Caso La Cantuta Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, par. 152; *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, par. 171; *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 225; e *Caso Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C nº 252, par. 283.

Juizado Provincial ordenou, no ano de 2003, o “desarquivamento” (par. 64 *supra*) da causa, visto que “por aplicação extensiva, correspondia aplicar o resolvido pela Corte Interamericana [no caso *Barrios Altos Vs. Peru*] ao presente caso” e indicou que este Tribunal havia determinado que tal Lei e a Lei nº 26.492 eram “inválidas *erga omnes*”¹⁴¹.

157 O Tribunal interno concluiu em sua sentença condenatória de 2008 que se tratava dos delitos de homicídio simples e lesões graves, estabelecendo que Antonio Evangelista Pinedo havia “atuado com dolo eventual” considerando, ademais, que “os atos investigativos praticados não revelaram uma intenção de assassinar os passageiros”¹⁴², o qual foi assinalado pela Comissão como um “disparo accidental”. No entanto, no caso *Barrios Altos Vs. Peru*, esta Corte entendeu que as Leis de Anistia nº 26.479 e nº 26.492 eram incompatíveis com a Convenção Americana, visto que permitiam que não se investigassem fatos constitutivos de graves violações aos direitos humanos, e por tanto careciam de efeitos jurídicos para esse tipo de violações e para “outros casos de violação dos direitos [contidos] na Convenção Americana ocorridos no Peru”¹⁴³.

158. Pelo exposto, este Tribunal conclui que o Estado descumpriu com o dever de adequar seu direito interno, contido no artigo 2 da Convenção, em conexão aos artigos 8.1 e 25 deste instrumento, pela aplicação da Lei de Anistia nº 26.479 nos processos seguidos contra Antonio Evangelista Pinedo, em detrimento de Luis Bejarano Laura e os familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez.

B.2. A legislação interna sobre uso da força

159. Em relação a suposta violação ao dever de adequar o direito interno, relativo à legislação sobre o uso da força, a Corte nota que os representantes indicaram que haviam violado o artigo 2 da Convenção por motivos diferentes: a) pela inexistência de uma norma interna sobre uso da força no momento dos fatos; e b) pela existência de legislação interna posterior aos fatos que seria incompatível com a Convenção Americana.

160. Com respeito ao primeiro ponto, a efeitos de analisar a compatibilidade da norma interna com o direito internacional no momento da ocorrência dos fatos do caso, corresponde em primeiro lugar determinar quais eram as normas internas aplicáveis, assim como as normas de direito internacional correspondentes nesse momento e, em segundo lugar, analisar a compatibilidade do regime interno com o regime internacional.

161. Em relação ao assinalado, a Corte recorda que o presente caso versa sobre um disparo efetuado por um membro do Exército que causou a morte de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como lesões a Luis Bejarano

¹⁴¹ Sentença emitida pelo Juizado, em 21 de janeiro de 2003 (expediente de prova, fl. 242).

¹⁴² Sentença emitida pela Turma Penal Nacional em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fls. 60 e 61). O tribunal acrescentou que o acusado “assumiu o risco à vida e à integridade física dos ocupantes do micro-ônibus, ao manusear o fuzil FAL apontado para veículo, [...] e, portanto, não poderia ter disparado sua arma apontando para o veículo”.

¹⁴³ *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito*, par. 44.

Laura (par. 1 *supra*), o qual foi qualificado pelo tribunal interno competente como delitos de homicídios simples e lesões graves com caráter de dolo eventual. Embora se tratasse de uma operação militar realizada pelo Exército peruano, nessa operação não estava previsto o uso das armas por parte dos soldados que a realizaram. Como destacado anteriormente, o batalhão do qual fazia parte o responsável pelo disparo se encontrava efetuando ações de patrulha, com a finalidade de identificar os transeuntes, solicitando-lhes seus documentos de identidade. Não obstante, como foi estabelecido na sentença condenatória, e assinalado pela Comissão em seu Relatório de Mérito, ao manusear a sua arma apontada para o micro-ônibus, o soldado Evangelista Pinedo disparou em sua direção.

162. Este Tribunal recorda que os casos nos quais desenvolveu sua jurisprudência sobre o uso da força por parte de autoridades estatais versam sobre fatos diferentes dos fatos do presente caso¹⁴⁴. Em tais casos não se tratava de um disparo “acidental”, mas de ações ou operações realizadas pelas autoridades nos quais o uso da força estava previsto ou ocorreram de forma intencional. Os padrões estabelecidos pela Corte na referida jurisprudência referem-se a esse tipo de situações ao requerer, por exemplo, que durante o desenvolvimento de um evento de aplicação da autoridade, os agentes estatais, na medida do possível, devem realizar uma avaliação da situação e um plano de ação prévio a sua intervenção¹⁴⁵. Da mesma maneira, os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade estão dirigidos a situações nas quais o uso da força tem algum objetivo ou fim preestabelecido, o qual esteve ausente no presente caso devido ao caráter “acidental” do disparo.

163. Portanto, levando em consideração a forma em que os fatos ocorreram, corresponde a este Tribunal examinar as normas nacional e internacional sobre o uso da força que se referem especificamente às obrigações de prevenção e precaução que devem ser cumpridas pelas forças de segurança do Estado.

164. Com relação à legislação interna, a Corte constata que no momento dos fatos se encontrava vigente no Peru o Decreto Legislativo nº 738 de 1991¹⁴⁶, o qual foi alterado em seu artigo segundo mediante a lei nº 25.410 de 1992¹⁴⁷. Essa norma estabelecia que a autoridade política ou policial poderia solicitar a intervenção das Forças Armadas diante de “atos de terrorismo, atos de violência, incluindo atentados, ataques armados a entidades públicas ou privadas ou serviços públicos em que se

¹⁴⁴ Cf. *Caso Montero Aranguren e outros (Posto de Controle de Catia “Retén de Catia”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C nº 150, pars. 67 a 69; *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 166, pars. 82 a 85; *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C nº 251, pars. 84 a 85 e 87 a 88, e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela*, pars. 130 a 131 e 134 a 136.

¹⁴⁵ *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 84, e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela*, par. 130.

¹⁴⁶ Decreto Legislativo nº 738 no qual se “estabelecem normas a serem seguidas pelas Forças Armadas ao intervir nas zonas não declaradas em Estado de Emergência” de 8 de novembro de 1991 (expediente de prova, fls. 3.690 a 3.691).

¹⁴⁷ Lei nº 25.410 pelo qual “substituem o Artigo 2 do Decreto Legislativo nº 738” de 25 de fevereiro de 1992 (expediente de prova, fls. 3.693 a 3.694).

utilizem armamentos de guerra ou artefatos explosivos ou quando se descubram elementos suficientes de perigo real ou iminente de sua perpetração, que ultrapasse a capacidade operativa da Polícia Nacional do Peru”. Ademais, tal Decreto Legislativo indicou em seu artigo 3 que “a intervenção das Forças Armadas [...] será informada ao Comando das Forças Armadas pelos meios mais rápidos, para quaisquer propósitos”.

165. Quanto às disposições do *corpus iuris* internacional sobre o uso da força a respeito das ações de prevenção e precaução vigentes no momento da ocorrência dos fatos do caso, a Corte constata que os Princípios Básicos sobre o Uso de Força e de Armas de Fogo por Agentes Responsáveis pela Aplicação da Lei (doravante “Princípios Básicos de 1990”) estabeleciam que os “governos e as agências de polícia devem desenvolver uma gama de recursos, a mais ampla possível, e equipar os agentes responsáveis pela aplicação da lei com vários tipos de armas e munição que permitam o uso diferenciado de força e de armas de fogo. Estas devem incluir o desenvolvimento de armas de incapacitação não letais para uso em situações apropriadas, com o objetivo de gradualmente aumentar a restrição de aplicações capazes de causar morte ou ferimentos aos indivíduos”. Do mesmo modo, indicam que “sempre que o uso legal de força e de armas de fogo for inevitável, os agentes responsáveis pela aplicação da lei devem: [...] b) minimizar danos e ferimentos, e respeitar e preservar a vida humana; c) garantir que a assistência e o tratamento médico sejam prestados a qualquer pessoa ferida ou afetada, o mais brevemente possível”¹⁴⁸.

166. Mais adiante, os mesmos Princípios Básicos de 1990 indicam que “as regras e regulamentos sobre o uso de armas de fogo por agentes responsáveis pela aplicação da lei devem incluir diretrizes que: [...] b) assegurem que armas de fogo serão usadas apenas em circunstâncias apropriadas e de uma maneira que potencialmente diminua o risco de dano desnecessário; [...] d) regulem o controle, estocagem e emissão de armas de fogo, inclusive os procedimentos para garantir que agentes responsáveis pela aplicação da lei sejam responsáveis pelas armas de fogo e munição entregues a eles”¹⁴⁹.

167. A análise destas normas indica que o Estado não contava com uma regulamentação interna adequada aos Princípios Básicos de 1990 para a prevenção e precaução sobre uso da força. Em particular, a legislação interna sobre o uso da força por agentes estatais não contava com disposições sobre precaução e prevenção, nem tampouco sobre “assistência e serviços médicos às pessoas feridas ou afetadas”. Depreende-se dos fatos do caso, ademais, que o soldado Evangelista Pinedo não tomou as medidas de precaução necessárias para evitar que sua arma disparasse¹⁵⁰, tampouco que ele ou seu companheiro de patrulha tenham prestado assistência aos feridos após o disparo, e, portanto, a inadequação da norma interna pode ter tido um impacto no caso concreto.

¹⁴⁸ Princípios Básicos sobre o Uso de Força e de Armas de Fogo por Agentes Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, Havana, Cuba, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990, Princípios 2 e 5.

¹⁴⁹ Princípios Básicos de 1990, princípio 11.

¹⁵⁰ Sentença emitida pela Turma Penal Nacional em 23 de julho de 2008 (expediente de prova, fl. 61).

168. Com respeito a legislação interna sobre o uso da força após os fatos, e especificamente no que se refere ao Decreto Legislativo nº 1.095 de 2009¹⁵¹, a Corte estabelece que não será analisada, nem, tampouco, a sua alegada incompatibilidade com a Convenção, posto que tal norma não existia no momento dos fatos e, portanto, não foi aplicada no presente caso. Ademais, a Corte constata que se encontra pendente uma ação de inconstitucionalidade em nível interno contra o referido Decreto Legislativo¹⁵².

169. Em consequência, a Corte considera o Estado responsável por ter violado, no momento dos fatos, seu dever de adequar o direito interno sobre precaução e prevenção no exercício do uso da força e sobre a assistência devida às pessoas feridas ou afetadas, em violação do artigo 2 da Convenção, em relação aos direitos à vida e à integridade pessoal contidos no artigo 4 e 5 do mesmo instrumento, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luis Bejarano Laura.

IX

Reparações

(Aplicação do Artigo 63.1 da Convenção Americana)

170. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção¹⁵³, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente¹⁵⁴. Ademais, este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos comprovados, assim como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte analisará esta concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito¹⁵⁵.

171. A reparação do dano ocasionado pela violação de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição, que consiste no reestabelecimento da situação anterior. Se isso não for factível, o Tribunal determinará as medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram¹⁵⁶.

172. Em consequência, e sem prejuízo de qualquer forma de reparação que seja acordada posteriormente entre o Estado e as vítimas, pelas violações à Convenção Americana declaradas nesta Sentença, o Tribunal procederá a dispor as medidas

¹⁵¹ Decreto Legislativo nº 1.095, no qual se “estabelece regras de emprego e uso da força por parte das Forças Armadas no território nacional” de 31 de agosto de 2010 (expediente de prova, fls. 4.961 a 4.965).

¹⁵² Ação de inconstitucionalidade de 19 de dezembro de 2011 (expediente de prova, fls. 3.757 a 3.795).

¹⁵³ O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece: “quando 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”.

¹⁵⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C nº 7, par. 25; e *Caso Defensor de Derechos Humanos e outros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C nº 283, par. 243.

¹⁵⁵ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolivia. Mérito, Reparaciones e Custas*, par. 110; e *Caso Defensor de Derechos Humanos e outros Vs. Guatemala*, par. 245.

¹⁵⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 26; e *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Miembros e Activista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, par. 414.

dirigidas a reparar os danos causados às vítimas. Para tanto, levará em consideração as pretensões da Comissão e dos representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e alcance da obrigação de reparar¹⁵⁷.

A. Parte lesada

173. O Tribunal reitera que se considera parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, a quem declarou vítima de violação de qualquer direito nela reconhecido. Portanto, esta Corte considera como parte lesada à Zulema Tarazona Arrieta, à Norma Pérez Chávez, ao Luis Alberto Bejarano Laura, ao Víctor Tarazona Hinostroza, à Lucila Arrieta Bellena, ao Santiago Pérez Vera e à Nieves Emigdia Chávez Rojas, quem, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no capítulo VIII, serão consideradas beneficiárias das reparações que a Corte ordenar.

B. Obrigação de investigar

174. A **Comissão** indicou em suas observações finais escritas que “no caso não se investigou de forma diligente através de um processo penal ou disciplinar se existiria, também, a responsabilidade de outros funcionários”, razão pela qual considerou que “o componente de investigação sobre responsabilidades deve ir além do senhor Evangelista Pinedo, com o objetivo de cumprir com o padrão de reparação integral”. Os **representantes** solicitaram que fosse ordenado “iniciar as investigações cabíveis contra as pessoas que omitiram seu dever de efetuar um controle efetivo sobre seus subalternos, assim como em relação aos que propiciaram a intervenção de Foro Militar”. Do mesmo modo, quanto ao cumprimento efetivo da pena de 6 anos de prisão imposta à Antonio Evangelista Pinedo, solicitaram que se “estabeleça judicialmente a revisão do benefício concedido a esta pessoa”. O **Estado** manifestou que os fatos “foram totalmente reparados” ao ter sido condenado o autor deles pelas autoridades jurisdicionais competentes e terem realizado o pagamento da indenização. De outra parte, indicou que “o processo na sede nacional se encontra concluído mediante a sentença de 23 de julho de 2008 e confirmada mediante “Executória Suprema” de 4 de novembro de 2008”.

Considerações da Corte

175. No presente caso, a Corte constata que a solicitação de reparação apresentada pela Comissão, relacionada à obrigação de investigar, é intempestiva, posto que esta foi estabelecida em suas observações finais escritas e não em seu escrito de submissão do caso em seu Relatório de Mérito.

176. De outra parte, embora este Tribunal considere o Estado responsável pela violação ao princípio do prazo razoável nos procedimentos judiciais que culminaram com a condenação do autor dos fatos do caso, não foi comprovado que o Estado

¹⁵⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, pars. 25 a 27; e *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) Vs. Colômbia*, par. 413.

tenha violado os artigos 8 e 25 da Convenção Americana por não ter processado a outras pessoas, tampouco com relação à proporcionalidade da pena imposta ao autor dos fatos (pars. 127 e 128 *supra*). Portanto, a Corte avalia que não cabe ordenar a medida solicitada.

C. Medidas de satisfação

177. O Tribunal determinará medidas que buscam reparar o dano imaterial e que não tem natureza pecuniária, assim como medidas de alcance ou repercussão pública¹⁵⁸. A jurisprudência internacional, e em particular da Corte, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação¹⁵⁹.

178. Os **representantes** solicitaram à Corte que ordene a publicação, em um prazo de 6 meses, de, pelo menos, as seções do contexto, dos fatos provados e a parte resolutive da Sentença no Diário Oficial, em um diário de circulação nacional e, também, nos sítios web do Ministério da Justiça, Ministério da Defesa e do Exército. O **Estado** manifestou que “não apresentaria objeção alguma” à publicação da Sentença, “desde que se restrinja ao resumo dos fatos provados, os direitos afetados e a parte resolutive da Sentença”. A **Comissão** não fez referência a esta medida de reparação.

Considerações da Corte

179. A Corte considera pertinente ordenar, como em outros casos¹⁶⁰, que o Estado, no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, realize as seguintes publicações: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, o qual deverá ser publicado, por uma só vez, no Diário Oficial do Peru e em um diário de ampla circulação nacional; e b) a presente Sentença, em sua íntegra, disponível por um período de um ano, em um sítio web oficial do Estado.

D. Outras medidas solicitadas

D.1. Medidas de reabilitação

180. Os **representantes** solicitaram que a Corte ordenasse ao Estado “garantir um tratamento médico e psicológico gratuito e permanente, a favor dos familiares das vítimas, sem prejuízo das prestações de saúde que atualmente recebem como parte de programas de segurança social”. Acrescentaram que “as prestações deverão ser fornecidas por profissionais competentes após a determinação das necessidades médicas de cada vítima, e deverão incluir o fornecimento dos medicamentos que

¹⁵⁸ Cf. *Caso dos “Meninos de Rua (Niños de la Calle)” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C n° 77, par. 84; e *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênese) Vs. Colômbia*, par. 441.

¹⁵⁹ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*, par. 56; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 448.

¹⁶⁰ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C n° 88, par. 79; e *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros Vs. Guatemala*, par. 261.

sejam requeridos” e despesas que sejam geradas conjuntamente ao tratamento, como custos de transporte ou outros. Em relação a este ponto, o **Estado** alegou que, ao ter sido condenado o autor dos fatos pelas autoridades jurisdicionais competentes e ter-se realizado o pagamento da indenização, os fatos denunciados “foram reparados totalmente”. A **Comissão** não fez referência a esta medida de reparação.

Considerações da Corte

181. No presente caso, a Corte não estabeleceu a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas, razão pela qual não cabe ordenar a medida solicitada.

D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade

182. Os **representantes** solicitaram a celebração de um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional e de desculpas públicas que dê “uma relevância especial à situação do uso desproporcional da força pública, como uma lamentável situação geradora de graves violações de direitos humanos”. O **Estado** e a **Comissão** não fizeram referência a esta medida de reparação.

Considerações da Corte

183. Este Tribunal não considera necessário ordenar a medida solicitada pelos representantes, já que considera que a emissão da presente Sentença e as reparações ordenadas na mesma são suficientes e adequadas.

D.3. Garantias de não repetição

184. A **Comissão** solicitou, de forma genérica, que o Estado fortaleça a capacidade de investigar com a devida diligência e oportunamente, qualquer uso de força letal por parte de membros das Forças Armadas. Além disso, solicitou que a Corte ordenasse ao Estado a adoção das medidas necessárias para evitar que, no futuro, se produzam fatos similares, em particular mediante à implementação de programas de direitos humanos nas escolas de formação das Forças Armadas. Os **representantes** solicitaram que a Corte “ordenasse ao Estado peruano que adequasse sua norma interna sobre o uso da força aos padrões internacionais desenvolvidos sobre a matéria por esse tribunal internacional”. Acrescentaram, entre outros, que, embora a Corte, “em outros casos contra o Peru, tenha determinado que sejam realizados cursos de formação em direitos humanos à integridade das Forças Armadas e policiais [...] não dispôs, de maneira específica, a capacitação destes agentes no uso da força pública, conforme os padrões internacionais sobre a matéria”.

185. Por sua vez, o **Estado** indicou, a respeito da recomendação da Comissão sobre o fortalecimento da capacidade de investigar, que essa recomendação “havia sido cumprida mediante [as] investigações iniciadas, tanto pelo Ministério Público como

pelo Poder Judiciário, no [marco das] quais se esclareceram os fatos do presente caso e o responsável foi punido penalmente". A respeito da adequação de sua legislação interna sobre o uso da força, o Estado referiu-se a seus argumentos sobre a alegada violação do artigo 2 da Convenção (par. 150 *supra*). Dessa forma, informou sobre "diversos cursos de formação especializados no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Internacional Humanitário realizados pelo Foro Militar Policial, pelo Ministério da Defesa e pelo Ministério do Interior" e ressaltou que se trata de "informação atualizada relacionada especificamente a fatos similares a este caso". Ainda, especificou que foi estabelecida a disciplina de direitos humanos "em todos os níveis de formação, capacitação, especialização e aperfeiçoamento do sistema educacional policial".

Considerações da Corte

186. A Corte nota que, quanto à solicitação de ordenar uma capacitação em direitos humanos aos membros das Forças Armadas, o Estado apresentou informação detalhada, relacionada aos programas que já estariam sendo desenvolvidos e que não foi aportada informação que estes programas são insuficientes, e, portanto, não cabe ordenar a medida solicitada.

187. Quanto à solicitação de adequação do direito interno sobre o uso da força, a Corte constata que a legislação interna, no momento da ocorrência dos fatos, foi posteriormente modificada. Ademais, a respeito da norma atualmente vigente, o Tribunal ressalta que foi apresentada uma ação de inconstitucionalidade perante a jurisdição interna que ainda está pendente de ser resolvida (par. 166 *supra*). Em consequência, não cabe ao Tribunal se pronunciar sobre as medidas de reparação solicitadas pelos representantes.

E. Indenização compensatória

188. A **Comissão** solicitou à Corte que ordenasse reparar adequadamente as violações de direitos humanos declaradas com uma justa indenização pela demora de 14 anos nos processos judiciais, a favor dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, assim como de Luis Alberto Bejarano Laura. Além disso, os **representantes** requereram que fosse ordenada a indenização por dano material e imaterial sofrido pelas vítimas.

189. No que diz respeito ao dano material, especificamente o dano emergente, embora os representantes reconheçam que no caso das vítimas falecidas, os familiares receberam o apoio econômico do Exército para o sepultamento destas em um cemitério de sua escolha, indicaram que não foram reparadas outras despesas relacionadas aos ritos funerários praticados conforme as crenças deles. Ademais, no caso de Luis Bejarano Laura, as prestações médicas que recebeu foram concedidas pela previdência social a qual tinha direito em sua condição de trabalhador e não compreenderam despesas com o transporte da vítima a seu domicílio nem os medicamentos necessários. Portanto,

solicitaram à Corte que estabelecesse, em equidade, o montante indenizatório a título de dano emergente. Quanto ao lucro cessante, os representantes solicitaram a soma de US\$ 83.502,31 (Oitenta e três mil, quinhentos e dois dólares americanos e trinta e um centavos), “como salários deixados de receber desde o ano 1991 a 2012”, para cada uma das vítimas falecidas. Para Luis Bejarano Laura, solicitaram que a Corte ordenasse ao Estado peruano o pagamento da soma de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares americanos), em equidade, levando em consideração que esteve hospitalizado ao partir do dia dos fatos, 9 de agosto de 1994, até o dia 31 de agosto do mesmo ano e depois durante um mês não pôde trabalhar.

190. Além disso, os representantes solicitaram que fosse fixado, em equidade, as despesas realizadas pela morte e lesões ocasionadas às vítimas, tendo em vista que não contam com recibos que provem o montante correspondente, pois já transcorreram quase 14 anos desde os fatos.

191. Em relação ao dano imaterial, os representantes solicitaram US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) a título de dano moral ocasionado à Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, soma que determinaram com base em “um caso com características similares”¹⁶¹. Quanto à Luis Bejarano Laura, solicitaram a soma de US \$ 16.500,00 (dezesseis mil e quinhentos dólares americanos), a título de dano moral sofrido como consequência da angústia que sentiu no momento dos fatos e porque, além disso, “teve que ser submetido à uma intervenção cirúrgica”. Por fim, solicitaram a soma de US\$ 7.000,00 (sete mil dólares americanos) em detrimento dos pais de Zulema Tarazona Arrieta e Norma Pérez Chávez, como consequência do “profundo sofrimento” causado pela “falta de resposta das autoridades peruanas” que “se prolongou por um período de quase 14 anos”.

192. O **Estado** considerou que “já cumpriu com a reparação dos fatos em matéria do presente caso, de acordo com as sentenças emitidas em sede nacional” e manifestou sua “total oposição” às reparações econômicas solicitadas.

Considerações da Corte

193. A Corte desenvolveu, em sua jurisprudência, o conceito de dano material e os pressupostos nos quais cabe indenizá-lo e estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou detrimento dos ingressos das vítimas, os gastos efetuados por motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham nexos causal com os fatos do caso”¹⁶². No presente caso, o Tribunal constata que os familiares das vítimas falecidas, assim como Luis Alberto Bejarano Laura foram reparados monetariamente no marco de um processo judicial penal em sede interna (pars. 85 a 87 *supra*). Ainda, embora a parte civil no processo seguido contra o responsável dos fatos tenha apresentado um recurso de nulidade perante a jurisdição interna

¹⁶¹ Os representantes referiram-se ao *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n° 251.

¹⁶² Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparación e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C n° 91, par. 43; e *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 479.

competente, impugnando à reparação civil ordenada na sentença condenatória, este foi iniciado de forma intempestiva (par. 82 *supra*).

194. Considerando que o tribunal nacional competente determinou a indenização pecuniária pelos fatos objetos do caso, com base em sua jurisdição interna, em conformidade com o princípio da complementariedade, a Corte avalia que não cabe ordenar as reparações monetárias adicionais por dano material e imaterial a favor dos familiares das vítimas falecidas, nem a favor de Luis Alberto Bejarano Laura, já que foram indenizados no foro interno.

F. Custas e gastos

195. Os **representantes** solicitaram que a Corte determinasse, em equidade, os gastos que incorreram os familiares das vítimas falecidas e a APRODEH, a qual, sendo uma organização sem fins lucrativos, não cobrou honorário à família pelo processo interno que se iniciou em maio de 1994 e pelo processo internacional que se iniciou em janeiro de 1996. Em relação às despesas futuras, os representantes solicitaram a oportunidade de apresentar valores e comprovantes atualizados sobre os gastos incorridos durante o desenvolvimento do processo contenciosos internacional.

196. O **Estado** considerou “inaceitável” que se alegue a pretensão de reintegração de custas e gastos “sem cumprir com a apresentação dos recibos e demais documentos que justifiquem a procedência da reparação”, e que apenas procederá o pagamento daqueles que provem que o desembolso foi realizado “por ocasião específica e direta do presente processo”.

Considerações da Corte

197. A Corte reitera que, conforme sua jurisprudência, as custas e gastos fazem parte do conceito de reparação, toda vez que as atividades desenvolvidas pelas vítimas, a fim de obter justiça, tanto em nível nacional como internacional, implicam em despesas que devem ser compensadas quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória¹⁶³. Quanto a seu ressarcimento, cabe à Corte apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende as despesas geradas perante às autoridades de jurisdição interna, assim como as geradas no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio da equidade e levando em conta as despesas apontadas pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável¹⁶⁴.

198. Além disso, a Corte recorda que não é suficiente o envio de documentos probatórios, “mas que se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegações de

¹⁶³ [Inexistente]

¹⁶⁴ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*, par. 82; e *Norin Catrimán e outros (dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, par. 450.

dispêndios, se estabeleçam com clareza os itens e sua justificativa¹⁶⁵. Por outro lado, o Tribunal assinalou que “as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que os sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte¹⁶⁶”.

199. No presente caso, a Corte constata que os representantes não se referiram ao montante dos gastos incorridos durante o litígio em nível nacional, tampouco forneceram prova a respeito. Portanto, a Corte não conta com o respaldo probatório para determinar os gastos realizados. A respeito das despesas incorridas durante o litígio em nível internacional, os representantes unicamente referiram-se às despesas assumidas por estes que “deveriam ser consideradas pela Corte” no momento de determinar as custas e gastos, referindo-se aos bilhetes aéreos e despesas logísticas relacionadas à realização da audiência pública. A respeito, forneceram um quadro de “gastos realizados para a participação na audiência” com um total de US\$ 2.159,28 (dois mil, cento e cinquenta e nove dólares americanos e vinte e oito centavos), assim como um quadro de “despesas realizadas para viagem e *affidavit*” com um total de USD\$ 149,63 (cento e quarenta e nove dólares americanos e sessenta e três centavos)¹⁶⁷ e forneceram os comprovantes de respectivos pagamentos¹⁶⁸. Além disso, o Tribunal constata que os únicos comprovantes enviados correspondem às despesas do Fundo de Assistência Legal a Vítimas. Portanto, a Corte não tem maiores informações, nem prova, a respeito das despesas incorridas durante o litígio em nível internacional, incluindo durante o trâmite do caso perante a Comissão, nem a respeito dos gastos incorridos pelos familiares das vítimas falecidas.

200. Em consequência, a Corte decide determinar, em equidade, a quantidade de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) pelos trabalhos realizados no litígio do caso em nível nacional e internacional, o qual deve ser pago pelo Estado aos representantes no prazo de seis meses, a partir da notificação desta Sentença. A Corte considera que, no procedimento de supervisão do cumprimento da presente Sentença, poderá determinar que o Estado reembolse as vítimas ou seus representantes por gastos razoáveis incorridos nesta etapa processual.

G. Reintegração das despesas ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas

201. A APRODEH apresentou, em representação às vítimas, uma solicitação de apoio do Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte para “cobrir alguns custos concretos relacionados à produção de prova durante o processo do presente caso perante a Corte”. Mediante Resolução do Presidente do Tribunal, de 22 de janeiro de 2014 (par. 8 *supra*), foi autorizada a assistência financeira do Fundo, necessária para a

¹⁶⁵ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170, par. 277; e *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*, par. 496.

¹⁶⁶ *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 275; e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela*, par. 328.

¹⁶⁷ Expediente de prova, fls. 4.969 e 4.970.

¹⁶⁸ Expediente de prova, fls. 4.972 e 4.993.

apresentação de no máximo duas declarações e uma perícia, seja na audiência ou por *affidavit*. Posteriormente, mediante a Resolução do Presidente da Corte, de 26 de março de 2014, foi concedida esta assistência para cobrir as despesas com a viagem e estadia necessárias para que a suposta vítima Luis Bejarano Laura comparecesse perante o Tribunal para prestar sua declaração na audiência pública. Adicionalmente, a Presidência determinou que os gastos razoáveis para a formalização e envio de dois *affidavits*, de uma das supostas vítimas e de uma perita propostas pelos representantes, de acordo com o determinado, poderiam ser cobertos com recursos do Fundo. Mediante comunicado de 8 de abril de 2014, os representantes informaram que a declaração prestada por Víctor Tarazona Hinostroza perante agente dotado de fé pública seria coberta pelo Fundo.

202. De acordo com a informação que figura no relatório sobre as concessões realizadas no presente caso, estas totalizaram US\$ 2.030,89 (dois mil e trinta dólares americanos e oitenta e nove centavos). O Estado teve a oportunidade, até 19 de setembro de 2014, para apresentar suas observações sobre estas concessões, as quais foram enviadas no referido dia. O Estado observou a respeito das despesas de transporte que não foram apresentados os comprovantes de pagamento que se havia consignado unicamente o montante, sem determinar os detalhes de cada uma das despesas, e que estes gastos seriam “imensamente elevados”. Além disso, a respeito da declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela vítima Víctor Tarazona Hinostroza e seu envio, o Estado observou que os comprovantes de pagamento estavam ilegíveis, e, portanto, não era possível apreciar adequadamente os gastos.

203. Cabe ao Tribunal, em aplicação do artigo 5 do Regulamento do Fundo, avaliar a procedência de ordenar ao Estado demandado o ressarcimento das concessões realizadas pelo Fundo de Assistência Legal a Víctimas. Em razão das violações declaradas na presente Sentença, e levando em consideração as observações do Estado, a Corte ordena ao Estado o ressarcimento a este Fundo da quantia de US\$ 2.030,89 (dois mil e trinta dólares americanos e oitenta e nove centavos) pelos gastos incorridos. Este montante deverá ser ressarcido à Corte Interamericana no prazo de noventa dias, contados a partir da notificação da presente Sentença.

H. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

204. O Estado deverá efetuar o pagamento de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente aos representantes, ou a quem estes designem, para que se realize a quitação mediante instrumento que seja válido no ordenamento jurídico peruano, dentro do prazo e nos termos do parágrafo 198 da presente Sentença. Esta reintegração deverá ser realizada sem quaisquer deduções derivadas de eventuais encargos fiscais. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares americanos. Se o Estado incorrer em atraso, incluindo o ressarcimento dos gastos ao Fundo de Assistência Legal a Víctimas, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente aos juros bancários de mora na República do Peru.

205. Se por causas atribuíveis aos beneficiários do referido ressarcimento de custas e gastos, ou a seus herdeiros, não for possível o pagamento da quantia determinada dentro do prazo indicado, o Estado consignará este montante a seu

favor, em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição peruana solvente, em dólares americanos, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se após dez anos o montante estipulado não tiver sido reclamado, as quantias serão devolvidas ao Estado acrescidas dos juros.

X Pontos Resolutivos

Portanto,
A CORTE

DECIDE,

Por unanimidade,

1. Indeferir a exceção preliminar interposta pelo Estado sobre a “quarta instância”, nos termos dos parágrafos 20 a 24 da presente Sentença.

DECLARA,

Por unanimidade, que:

2. O Estado violou o artigo 8.1 da Convenção Americana, em conexão ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento de Luis Bejarano Laura, Víctor Tarazona Hinostroza, Lucila Arrieta Bellena, Santiago Pérez Vera e Nieves Emigdia Chávez Rojas, nos termos dos parágrafos 95 a 122 da presente Sentença.

3. O Estado violou o artigo 2 da Convenção Americana, combinado com os artigos 4, 5, 8.1 e 25 deste tratado, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez, Luis Bejarano Laura, Víctor Tarazona Hinostroza, Lucila Arrieta Bellena, Santiago Pérez Vera e Nieves Emigdia Chávez Rojas, nos termos dos parágrafos 155 a 169 da presente Sentença.

4. Não cabe se pronunciar sobre as alegadas violações dos direitos à vida e à integridade pessoal estabelecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, em conexão ao seu artigo 1.1, em detrimento de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luis Bejarano Laura, nos termos dos parágrafos 135 a 141 da presente Sentença.

5. O Estado não violou o direito à integridade pessoal estabelecido no artigo 5.1 da Convenção Americana, combinado com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares de Zulema Tarazona Arrieta, Norma Pérez Chávez e Luis Bejarano Laura, nos termos dos parágrafos 144 a 149 da presente Sentença.

E DISPÕE,

Por unanimidade, que:

6. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

7. O Estado deve, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, publicar no Diário Oficial do Peru e em um diário de ampla circulação nacional, por uma só vez, o resumo oficial da presente Sentença. Adicionalmente, o Estado deve, dentro do mesmo prazo, publicar a presente Sentença, na íntegra, no sítio web oficial do Estado durante o período de um ano. Tudo isso nos termos do parágrafo 179 da presente Sentença.

8. O Estado deve, dentro do prazo de seis meses ou noventa dias, respectivamente, a partir da notificação desta Sentença, pagar a quantia fixada no parágrafo 200 da presente Sentença a título de ressarcimento de custas e gastos, bem como ressarcir o Fundo de Assistência Legal a Vítimas a quantia estabelecida em seu parágrafo 203.

9. O Estado deve, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, prestar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu o cumprimento.

10. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento aos seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e considerará encerrado o presente caso, quando o Estado tiver cumprido, na totalidade, o disposto.

Redigida em espanhol em São José, Costa Rica, em 15 de outubro de 2014.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente

ROBERTO F. CALDAS

MANUEL E. VENTURA ROBLES

EDUARDO VIO GROSSI

EDUARDO FERRER
MAC-GREGOR POISOT

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

Comunique-se e execute-se,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





MPRJ Apresenta “MP em Mapas” para Representantes da Universidade de St. Gallen

A plataforma digital “MP em Mapas” foi apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a representantes da Universidade de St. Gallen, Suíça. Criado em 2015, o “MP em Mapas” reúne informações sociais, institucionais e administrativas relativas às áreas de atuação do MPRJ. Além de subsidiar o trabalho de Promotores e Procuradores de Justiça, a plataforma disponibiliza, ainda, ao público em geral, uma ferramenta que permite a realização de denúncias.

“Com o avanço da tecnologia, podemos dar aos promotores e procuradores instrumentos para o acompanhamento próximo da realidade de cada órgão de execução. Acoplados ao nosso Centro de Pesquisas e Inovações (CENPI/MPRJ), que também abastece o ‘MP em Mapas’, temos a atuação de três laboratórios. O primeiro deles é o Laboratório de Orçamento e Políticas Públicas (LOPP/MPRJ), criado para acompanhar a execução dos gastos públicos de forma *online*, passo a passo, asfixiando a corrupção e permitindo uma atuação preventiva. O Laboratório Legislativo, por sua vez, faz um diagnóstico da atuação de vereadores, deputados estaduais, federais e senadores. E, por fim, o Jurídico, que analisa e estuda os processos que tramitam no Tribunal de Justiça do Estado do Rio (TJRJ) e nos tribunais superiores. Esses dados, uma vez reunidos, potencializam a atuação do MPRJ”, afirmou o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem.

Assistiram à apresentação o Diretor do Instituto de Finanças Públicas, Direito Financeiro e Direito e Economia da Universidade de St. Gallen, professor Peter Sester; a Diretora do Instituto de Management da Universidade de St. Gallen, Vanessa Boanada Fuchs; e o gerente de projetos acadêmicos da Swissnex, Pedro Capra. Os Promotores de Justiça Daniel de Lima Ribeiro e Pedro Mourão realizaram a apresentação do processo de construção do “MP em Mapas”, enquanto a demonstração prática da ferramenta foi feita pelo gerente do “MP em Mapas”, Daniel Belchior, que exibiu as diversas funcionalidades da plataforma.



Ao final do encontro, o Procurador-Geral de Justiça convidou os presentes para uma visita às novas instalações do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ), localizadas no Edifício Castelo, no centro do Rio. “Contamos aqui com a atuação de cerca de 100 peritos, nas mais diversas áreas, como meio ambiente, saúde, educação e transportes, entre outras. Essa mudança física é importante, pois representa a ampliação da capacidade de atuar desses profissionais, que vão produzir conhecimento que também será compartilhado no ‘MP em Mapas’, e que servirá de fonte para ações integradas e preventivas”, concluiu Gussem. No novo espaço, os representantes da universidade suíça foram recebidos também pelos Promotores de Justiça Rafael Lemos e Cristiane de Carvalho Pereira, coordenador e subcoordenadora do GATE/MPRJ.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

- AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
56, 65-66;
- ADOLESCENTE**
73-82, 84-92, 94-112, 176, 215, 231-235,
277, 279-288, 347, 356;
- AGENTE POLÍTICO**
55-56, 62-64, 68-72, 368, 413, 418;
- AGENTES ÍMPROBOS**
60;
- ARMAS DE FOGO**
189, 192, 195, 197, 494;
- ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO**
74, 76, 87, 90, 92-95, 97-98, 106, 108-
109, 111-112;
- ATIVISMO JUDICIAL**
39, 41-42, 47, 50;
- ATO DE IMPROBIDADE**
55, 57-58, 61, 63-65, 69-72, 318;
- ATO INFRAACIONAL**
73-74, 77, 80, 82, 86-87, 90-91, 94-97,
99-101, 107, 111-112, 279;
- ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**
48;
- BIS IN IDEM**
62;
- COMPETÊNCIA**
30, 34-35, 56-57, 61-62, 71, 75, 98, 114,
181, 185, 191-192, 227-230, 239-245,
248-254, 262, 270, 287, 301-302, 306-
309, 353, 367, 379, 381, 383-384, 386,
406, 447, 455-458, 463, 467, 469, 479;
- CONVENÇÕES PROCESSUAIS**
137-138, 140, 143-144, 147, 149, 154;
- DEMOCRACIA**
177, 192, 196, 229, 245, 337;
- DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**
118-120, 127, 131, 134-135, 202, 213, 215,
217, 246, 319-320;
- DIREITO À EDUCAÇÃO**
167, 171, 176-178;
- DIREITO À LIBERDADE**
119-120, 127-128, 200-201, 280;
- DIREITO À SEGURANÇA**
176, 200, 203, 206, 281;
- DIREITOS DA PERSONALIDADE**
118-120, 126;
- DIREITOS DOS PRESOS**
118, 122, 125, 131;
- DIREITOS E DEVERES DO ESTADO**
130;
- DIREITOS FUNDAMENTAIS**
40-41, 118-122, 125-126, 130-135, 175,
208, 211-212, 232, 250, 271, 280, 283,
288-289, 302, 323, 382, 441;
- DIREITOS HUMANOS**
25, 27, 33, 35-36, 40, 45-47, 50, 75, 80,
82, 84, 89, 103, 107, 111-112, 118-119,
127-130, 199, 203, 205, 210, 447, 452-
453, 457, 469, 476, 487-489, 491-492,
498-499, 501;
- EFICIÊNCIA**
70, 167, 171, 179, 200, 205, 210-216, 218-
219;
- ESTATUTO DO DESARMAMENTO**
183-184, 189-192, 194, 196-197;
- EXECUÇÃO**
23, 73-75, 77, 79, 86-88, 92-93, 95, 102,
107-108, 111-112, 138-151, 153-158, 160,
189, 197, 213, 214, 234, 255, 279, 302-303,
309-310, 347-348, 359, 362, 381, 385,
465-466, 468, 477, 480, 482-483, 509;
- FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**
55-58, 60-62, 71-72, 239-243, 249-250,
252-254, 365;
- GARANTISMO**
199-200, 208, 210-211, 217-219;
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
55-58, 60-72, 312, 315, 318;
- IMPUNIDADE**
19, 60, 191, 196, 228;
- INTERPRETAÇÃO DA NORMA**
167, 169;
- JUDICIALIZAÇÃO**
40-42, 50

LACUNAS
48, 50, 250;

LEGALIDADE PENAL
183;

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
167, 171, 179, 431;

MEDIDA DA PUNIÇÃO
19;

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
138, 140, 142, 144-145, 147-148, 152, 156, 158-160;

NORMAS PENAIS EM BRANCO HETEROGÊNEAS
187, 189;

OMISSÕES LEGISLATIVAS
49, 193;

PENA
17, 19-25, 27-29, 35, 88, 97, 118-119, 123-125, 127, 132, 152, 184, 186, 191, 204-205, 207, 209-210, 213-215, 218-219, 252, 254, 293-295, 305, 312, 322, 325, 346, 356, 369, 380, 399, 402, 407, 455-456, 469-470, 472, 476-477, 484, 496-497;

PENA-CASTIGO
20;

PESSOA HUMANA
46, 118-120, 127, 131, 134-135, 200, 202-203, 205-206, 209-210, 213-215, 217, 219, 246, 279, 282, 319-320;

PLS Nº 349/2015
167, 171-173, 176-177, 179;

PONDERAÇÃO
120-122, 125-126, 131-132, 135, 167, 169-170, 320, 476;

PÓS-POSITIVISMO
167;

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
50, 121, 124, 126, 131-132, 134, 277, 288-289;

PROCESSO JUSTO
210, 217;

PROPORCIONALIDADE ADEQUAÇÃO
133;

PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO
50, 121, 132-133;

PROPORCIONALIDADE NECESSIDADE
133;

PUNIÇÃO
17-21, 24-26, 29, 69, 71, 133, 187, 205-206, 208, 210, 212, 216, 218-219, 228, 284, 338-339;

SANÇÕES
55-57, 61-65, 67-69, 91, 151, 180, 185-187, 201, 204, 212, 214, 248, 288, 291-296, 311, 315, 317, 380, 382, 384, 388-389, 456, 491;

SEGURANÇA JURÍDICA
167, 170-173, 191, 197, 246, 370, 380, 382, 459;

SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO
35;

SISTEMA NÃO CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO
36;

SISTEMA PRISIONAL
82, 91, 122;

SOCIOEDUCAÇÃO
107;

STF
42, 152, 173, 175-176, 228, 274, 293, 321, 344, 359, 362, 365, 379, 381, 388, 397, 433;

SUBPRINCÍPIOS
50, 132;

TEMPO JURÍDICO
17-19, 23-25, 29;

TUTELA PENAL
200;

UNIÃO EUROPEIA
34;

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