

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

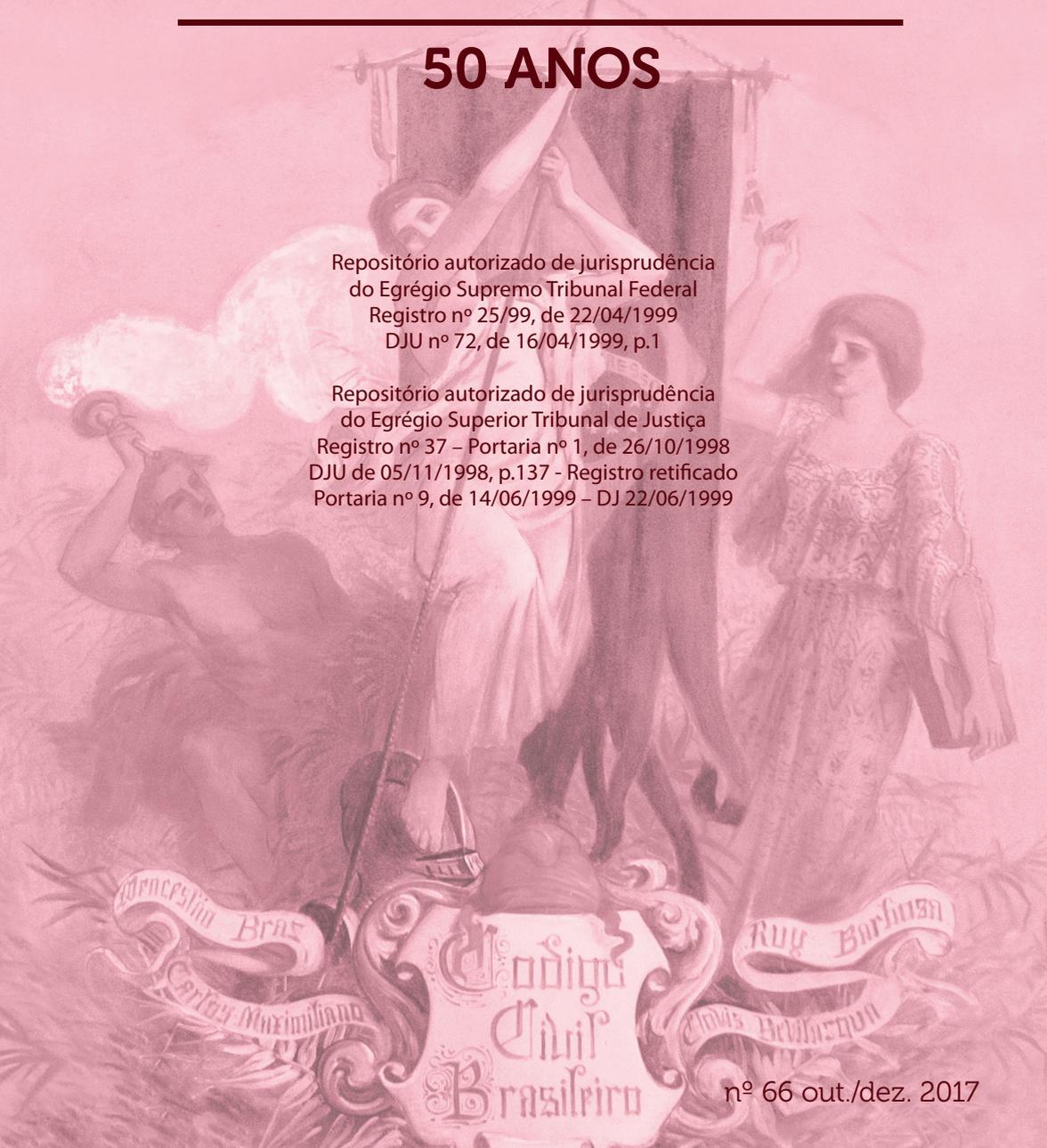
50 ANOS

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

50 ANOS

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

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



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

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 Abbès
Revisão Ortográfica

Anderson da Rocha
André Lourenço
Tatiana Lacerda
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: 3250 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

1995-2016 (1 - 62)

2017 (63, 64, 65, 66)

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

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Leandro Silva Navega
Subcoordenador 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
Angela 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

50 Anos da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

O último número da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 2017 traz aos seus assinantes um conjunto de temas que bem simbolizam as discussões travadas durante a comemoração do seu cinquentenário.

Multiculturalismo, consensualidade no direito sancionador brasileiro, responsabilidade objetiva, processo disciplinar, colaboração premiada e improbidade administrativa, parcerias públicas, sistema de precedentes e combate à criminalidade, entre outros, são os assuntos em voga nesta edição, os quais receberam sólido enfoque na abordagem de autores como os Promotores de Justiça Rodrigo da Silva Brandalise, Renato de Lima Castro, Rita Tourinho, Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento, Emerson Garcia e Leandro Navega. Também contribuíram para o aprimoramento das discussões o Procurador de Justiça Luís Alberto Thompson Flores Lenz, o Juiz Federal Eugênio Rosa de Araujo e o Professor Ronaldo Cramer.

O constitucionalista Jorge Miranda reacende a discussão acerca das proximidades e distâncias entre o conceito antropológico e sociológico de cultura e o seu conceito constitucional. Nesse importante ensaio, o autor destaca que a Constituição, ao zelar por questões culturais relacionadas às especificidades do plano fático, está garantindo os bens culturais.

No Observatório Jurídico, o tributarista Ives Gandra traz à tona a questão do sistema eleitoral brasileiro, abordando o parlamentarismo e o presidencialismo, bem como tratando do voto distrital, no perfil conhecido “Distritão”.

Ação rescisória, ação judicial eleitoral, medida cautelar em processo criminal e a problemática acerca do recurso de revisão em matéria fundacional são as temáticas trazidas diretamente do exercício funcional dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Na seção Jurisprudência, foram selecionados, do Supremo Tribunal Federal, o caso do falso tribunal de conciliação, o controle de constitucionalidade em ato administrativo complexo e a competência da Justiça brasileira para tratar de partilha de bens localizados no exterior. Do Superior Tribunal de Justiça, a temática perpassa pela competência originária, na prerrogativa de foro, quando há coinvestigados; a possibilidade de interferência estatal em episódio de manifestação cultural e o controle de legalidade exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público em vitaliciamento de membro da Instituição.

Da Corte Interamericana trouxemos o caso dos índios Xukuru. O questionamento se baseia na demora do Estado brasileiro em garantir o direito do povo Xukuru de

Ororubá à demarcação das terras que tradicionalmente ocupavam na Serra do Ororubá, em Pesqueira, Município pernambucano localizado no Vale do Ipojuca.

Lembramos, por fim, que nossa Revista conta com duas versões, uma eletrônica e outra impressa, o que oferece maior dinâmica e acessibilidade, contribuindo para a democratização do saber.

A Direção

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Intercâmbios Culturais Digitais: a Internet como Catalisadora do Multiculturalismo <i>Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento</i>	17
A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992 <i>Emerson Garcia</i>	29
Breve Contribuição ao Método de Estudo de Casos em Direito <i>Eugênio Rosa de Araujo</i>	83
Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais <i>Jorge Miranda</i>	95
Expansão da Responsabilidade Civil Objetiva: Análise da (In)Adequação da Inserção no Ordenamento Jurídico de uma Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva <i>Leandro Navega</i>	109
O Controle Judicial do Ato Administrativo Disciplinar <i>Luís Alberto Thompson Flores Lenz</i>	129
Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais <i>Renato de Lima Castro</i>	139
Lei Nº 13.019: Avanço ou Retrocesso? <i>Rita Tourinho</i>	177
Lei de Improbidade Administrativa, Artigo 17, §1º: 25 Anos Depois, Ele Ainda se Justifica? <i>Rodrigo da Silva Brandalise</i>	199
As Normas de Abreviação do Procedimento com Base em Precedente <i>Ronaldo Cramer</i>	227

Observatório Jurídico

O Distrito <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	237
---	-----

Peças Processuais

Pareceres

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. Sentença que julga procedente as contas prestadas por curadora. Falecimento da curatelada e falta de intimação dos herdeiros necessários. Dolo processual. Parecer de procedência do pedido de rescisão. <i>Adolfo Borges Filho</i>	243
CONAMP. Consulta formulada. Possibilidade de os membros do Ministério Público inativos participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça. <i>Emerson Garcia</i>	253

Peças

Processo Judicial. Promotoria de Justiça Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral ajuizada pelo Ministério Público, em face de candidato, pela prática de abuso de poder político e econômico, com o objetivo de lograr reeleição para o cargo de vereador.

Leonardo Cuña de Souza **259**

Peça Processual. 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. Medida Cautelar para emprestar efeito suspensivo ao Recurso Especial. Crime doloso contra a vida. Desclassificação da imputação formulada na denúncia.

Nilo Augusto Francisco Suassuna **269**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Ag. Reg. nº Inquérito nº 3.158/Rondônia. Inquérito. Competência originária. Declinação de competência. Detentor de prerrogativa de foro. Arquivamento. Coinvestigados. Inquérito oriundo de instância inferior. Procedimento. Construção jurisprudencial. Balizas. Remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição. Cópia integral arquivada no STF. Precedentes. 1. Presentes detentores e não detentores de prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, à míngua de expressa disposição legal ou regimental, formatadas as balizas disciplinadoras do procedimento de desmembramento por construção jurisprudencial. 2. Declinada a competência a esta Suprema Corte e não reconhecido, posteriormente, detentor de prerrogativa implicado nos fatos, ou perdida a prerrogativa por motivo superveniente, viabiliza-se a remessa ao juízo de origem, tal como requerido pelo Ministério Público Federal, para, se o caso, prosseguir com a investigação, mantida, em arquivo, no âmbito do STF, cópia integral dos autos. 3. Agravo regimental provido.

Primeira Turma, 07/02/2017. **293**

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/Ceará. Vaquejada – Manifestação Cultural – Animais – Crueldade Manifesta – Preservação Da Fauna E Da Flora – Inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

Tribunal Pleno, 06/10/2016. **307**

Mandado de Segurança nº 27.542/Distrito Federal. Mandado de segurança em face de ato do CNMP. Competência do conselho, como órgão de controle, para desconstituir ato de vitaliciamento de membro do Ministério Público. Segurança denegada. 1. O ato de vitaliciamento tem natureza de ato administrativo, e assim se sujeita ao controle de legalidade do Conselho Nacional do Ministério Público, por força do art. 130-A, §2º, II, da CF/88, cuja previsão se harmoniza perfeitamente com o art. 128, §5º, I, a, do texto constitucional. 2. Segurança denegada.

Segunda Turma, 04/10/2016. **403**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Conflito de Competência nº 146.726/São Paulo (2016/0130854-9). Conflito negativo de competência. Justiça Federal X Justiça Estadual. Inquérito policial. Falso Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação montado em Campinas/SP, com o intuito de ludibriar vítimas particulares, cobrando-lhes valores indevidos para a solução de controvérsias. Estelionato. Inexistência de registro junto ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - conima que não afeta interesse da união. Competência da Justiça Estadual.

Terceira Seção, 14/12/2016. **417**

Jurisprudência Cível

Mandado de Segurança nº 14.731/Distrito Federal (2009/0195751-8). Mandado de Segurança. Financeiro e orçamentário. Repasse de verbas do FUNDEB. Portaria Interministerial MEC/MPOG nº 221/09. Revogação pela Portaria MEC nº 788/09. Ato administrativo complexo. Revogação. Desconstituição que demanda a manifestação de vontade de ambos os responsáveis pelo ato que se quer revogar. Simetria. Redução posterior do percentual do repasse. Violação do art. 15 da Lei nº 11.494/07. Ofensa aos princípios da unicidade e anualidade. Ordem de segurança concedida.

Primeira Seção, 14/12/2016. **427**

Recurso Especial nº 1.552.913/Rio de Janeiro (2008/0194533-2). Recurso Especial. Dissolução de sociedade conjugal. Partilha de bens. CPC/73, art. 89, ii. Depósito bancário Fora do país. Possibilidade de disposição acerca do bem na separação Em curso no país. Competência da jurisdição brasileira. 1. Ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário brasileiro na efetivação de direitos relativos a bens localizados no exterior, nada impede que, em processo de Dissolução de casamento em curso no país, se disponha sobre direitos Patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal Aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens Situados no exterior para efeitos da referida partilha. 2. Recurso especial parcialmente provido para declarar competente o Órgão julgador e determinar o prosseguimento do feito.

Quarta Turma, 08/11/2016. **435**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **449**

Caso Povo Indígena Xucuru e Seus Membros vs. Brasil Convocatória à Audiência **451**

Noticiário

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Comemora o Dia Nacional do Ministério Público **461**

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Gussem, Discursa na Solenidade de Comemoração do Dia Nacional do Ministério Público **463**

Índice

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **469**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Intercâmbios Culturais Digitais: a Internet como Catalisadora do Multiculturalismo

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento*

Sumário

1. Introdução. 2. A Hermenêutica Diatópica, Segundo Boaventura de Sousa Santos. 3. O Multiculturalismo 2.0 de Habacou. 4. Habermas e a Impossibilidade de Preservação das Espécies. 5. A Relação entre Multiculturalismo e Direitos Humanos: o Multiculturalismo Liberal de Will Kymlicka. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

À medida que a tecnologia penetra cada vez mais no cotidiano das pessoas, ela passa a fazer parte também da cultura dos povos. A interação entre o homem e a internet faz com que o indivíduo construa uma identidade virtual que espelha a sua identidade físico-cultural. Quando muitas pessoas fazem isso, a cultura dos povos, como um todo, também é transferida para o ciberespaço. Mas pode a interação entre culturas no cenário virtual levar a uma efetiva alteração de práticas no mundo real?

Tendo o cenário narrado como pano de fundo, o objetivo do presente artigo é analisar até que ponto a internet pode ser considerada uma catalisadora do multiculturalismo e, por consequência, um veículo que atua a favor da propagação de direitos humanos, dada a intrínseca relação existente entre ambos, especialmente em um período no qual a manifestação de ideias radicais tornou-se a regra na rede mundial de computadores.

Para isso, inicialmente, será analisado o modelo de hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos. Por esse processo, quando uma cultura se abre para a diferença, sua incompletude se revela, e os indivíduos que a integram tornam-se aptos a questionar práticas e tradições que antes tinham como certas. Em outras palavras, ela constitui um mecanismo de intercâmbio cultural.

Após, será analisada a ideia de Multiculturalismo 2.0 de Alden Habacou, para quem a internet permite que o indivíduo entenda o valor relativo que suas origens étnicas e demográficas possuem no estabelecimento de sua identidade. Ao ter acesso a outras visões, o sujeito passa a poder construir sua própria identidade, sendo informado, mas não determinado, pela sua origem.

O encadeamento lógico do tema leva à questão de saber se é desejável que as culturas mudem. A resposta será buscada na lição de Habermas, segundo a qual culturas não podem ser comparadas a espécies em extinção que precisam ser preservadas.

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Membro do MPRJ.

Por fim, para estabelecer a relação entre multiculturalismo e Direitos Humanos, será utilizada a obra de Will Kymlicka e sua defesa de um multiculturalismo liberal.

Ao longo de todo o texto serão inseridos exemplos de casos concretos com o objetivo de confirmar a hipótese apresentada.

2. A Hermenêutica Diatópica, Segundo Boaventura de Sousa Santos

Para ilustrar nosso cenário multicultural, iniciamos com o exemplo do Budismo. Para tal crença, a comunicação apenas é necessária e significativa entre aquele que sabe, um iluminado¹, e aquele que não sabe, um não iluminado. Entre dois ignorantes pode haver conversa, mas não há troca de conhecimento, pois ninguém sabe nada. Já entre dois Budas, não há conversa, pois ambos sabem as mesmas coisas². Logo, é necessário haver alguém que saiba e alguém que não saiba para que o diálogo ocorra. É certo que não somos Budas. Não podemos dizer que sabemos tudo, mas sabemos algo. E, muitas vezes, outras culturas sabem algo que nós não sabemos. Nesse cenário, a troca de conhecimento entre as culturas é necessária e será sempre significativa.

Como, porém, pode ela ocorrer? Uma possível resposta é encontrada na obra de Boaventura de Sousa Santos³. Segundo o autor, para que haja diálogo intercultural, é necessário haver troca entre universos de sentido diferentes. Cada um desses universos é constituído pelos *topoi* fortes da cultura que representam, ou seja, pelos lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Ele pressupõe que é possível compreender uma cultura a partir dos *topoi* de outra e, diante disso, sugere seu modelo de hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que acredita ser capaz de promover esse diálogo⁴.

Para a hermenêutica diatópica, não importa o quão forte seja um *topos*, ele será tão incompleto quanto a cultura a qual pertença, e poderá ser aperfeiçoado pelos *topoi* de outra cultura⁵.

O papel da outra cultura é indispensável porque, internamente, a incompletude dos *topoi* não se mostra. É necessário o contraste com o diferente para que o que falta em um determinado *topos* se revele. Nesse sentido, o autor afirma que o reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* para um diálogo intercultural⁶.

Contudo, ele deixa claro que o objetivo dessa hermenêutica não é a completude, mas sim ampliar ao máximo a consciência da incompletude de cada cultura.

O autor defende que a hermenêutica diatópica tem como requisito a colaboração de múltiplas culturas, não podendo ser realizada por uma única pessoa ou cultura.

¹ O objetivo do Budismo é alcançar a iluminação, uma espécie de despertar pleno da inteligência. A palavra “Buda” é utilizada para indicar aqueles que alcançaram tal estado.

² OSHO. *Zen: sua história e seus ensinamentos*. São Paulo: Cultrix, 2004. p.18-19.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.3-45.

⁴ *Ibid.* p.19.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Ibid.* p.22.

Assim, ela exige uma produção de conhecimento coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular⁷. Todas essas características são encontradas na internet. Em pesquisa anterior, já tive a oportunidade de me manifestar sobre como o conhecimento é produzido coletivamente nela:

Vale ainda destacar que uma das características mais marcantes desse complexo sistema de informática é que ele viabiliza uma participação ativa do usuário. Diferentemente da televisão, do rádio ou do jornal, onde o espectador, ouvinte ou leitor é um mero receptor de informações, na internet a informação flui em uma via de mão dupla, pois além da operação chamada de *download*, que permite que o usuário transfira dados existentes na rede para seu computador, há a operação chamada de *upload*, a qual possibilita a inserção de dados nela pelo usuário. Assim, o conteúdo da internet é construído por todos e não por um grupo centralizado⁸.

E, complementando:

(...) a internet possibilita uma democratização da mídia, dissolvendo os limites entre o jornalismo profissional e o amador e, conseqüentemente, gerando a chamada *we media*, à medida que o jornalismo deixa de ser feito apenas por *eles* e passa a ser construído também por *nós*⁹.

Ou seja, a internet é um repositório de conhecimento coletivo no qual a atividade do usuário vai além da busca por informações, pois ele também tem uma atuação ativa na produção dos dados.

Cass Sunstein, ao tratar do tema, afirma que a internet oferece uma valiosa possibilidade de reunir informação, pois as pessoas podem aprender de diversas fontes dispersas na rede inseridas por outras pessoas. E como muitas são curiosas, frequentemente buscam perspectivas contrárias às suas. O resultado do intercâmbio dos dados inseridos pelos usuários é uma produção de conhecimento coletivo¹⁰.

Nesse cenário, talvez a Wikipedia¹¹ seja, individualmente, o site de maior sucesso na tentativa de produzir conhecimento com todas as características exigidas pela hermenêutica diatópica. Segundo Sunstein, dezenas de milhões de pessoas visitam o site todos os dias, fazendo dele um dos mais populares do mundo, à frente

⁷ *Ibid.* p.26.

⁸ NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais*. Kindle Ed. p.28.

⁹ *Ibid.* p.36.

¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Kindle Ed. 2006. p.8.

¹¹ <http://www.wikipedia.org>

do *New York Times* e do *Paypal*¹². Sua proposta é ser uma enciclopédia gratuita e aberta, cujo conteúdo é construído de forma colaborativa pelos usuários, que podem, quase sempre, editá-lo¹³. Apesar da qualidade questionável de alguns artigos, Sunstein afirma que na maior parte das vezes ela parece ser alta, pois se trata de um conhecimento revisado por milhões de pessoas. Ou seja, é o *peer review* que faz o controle de qualidade. Mas o ponto a se destacar é que na Wikipedia, a produção de conhecimento coletivo supera a habilidade de qualquer grupo pequeno. Além disso, o fato de milhões de internautas visitarem o site todos os dias revela que eles sabem que têm muito a aprender¹⁴. Em outras palavras, conscientes da incompletude de seu conhecimento, buscam ampliá-lo pela internet.

Logo, a hermenêutica diatópica encontra na internet o seu ambiente de crescimento ideal. É no mundo virtual que ela encontra a maior possibilidade de se tornar real e efetiva. É na *web* que, coletivamente, todas as culturas podem se chocar, se abrir para a diferença, dialogar e complementar umas às outras.

Um exemplo de exercício de hermenêutica diatópica com a contribuição da internet pode ser encontrado no caso dos índios ikpeng do Xingu. Os jovens dessa tribo, ao alcançarem uma determinada idade, são submetidos a um doloroso ritual de passagem: eles são tatuados no rosto, à força, com espinhos e sem anestesia¹⁵.

Contudo, ao acessarem a internet e descobrirem que *na cidade não se faz isso*, muitos passaram a questionar o ritual, por não entender suas razões, e se negaram a se submeter a ele¹⁶. Mas os mais velhos, ao menos por enquanto, continuam a impor a prática independentemente da vontade manifestada: Mutuá, 13, é um dos que passaram pela tatuagem e reclama. "Judiaram de mim, e eu era pesado para que me segurassem" – no caso dos ikpengs, em geral os índios são surpreendidos quando ainda estão dormindo¹⁷.

Talvez, quando a geração hoje questionadora alcançar a idade adulta e se tornar a responsável pela manutenção ou não dos rituais, eles optem por não dar continuidade a estes.

Os índios também buscam, pelo uso da internet, contato com outras tribos e com estrangeiros. Por outro lado, na *web*, o não índio também aprende com o índio: vários indígenas utilizam a internet para divulgar sua cultura e revelam que muitas vezes são procurados nas redes sociais por não índios interessados em aprender mais sobre ela¹⁸.

¹² *Ibid.* p.150.

¹³ *Wikipedia: the free encyclopedia. About.* Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:About>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p.151-154.

¹⁵ MINUANO, Carlos. Jovens índios com acesso à internet questionam ritos dolorosos. *Folha de São Paulo Digital*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhateen/912567-jovens-indios-com-acesso-a-internet-questionam-ritos-dolorosos.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ GONÇALVES, Andressa; MACHADO, Mariucha. Índio quer celular, internet e redes sociais. *Portal G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/rio20/noticia/2012/06/indio-quer-celular-internet-e-redes-sociais.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Em suma, o que esses exemplos pretendem demonstrar é como a internet potencializa a hermenêutica diatópica, permitindo que as longas distâncias físicas não sejam empecilhos para trocas interculturais.

Em sentido semelhante é a lição de Alden Habacon.

3. O Multiculturalismo 2.0 de Habacon

Habacon, em seu artigo *Beyond the Mosaic: Multiculturalism 2.0*¹⁹, afirma que a sociedade de hoje é, em grande parte, composta por navegadores culturais, que são indivíduos capazes de manobrar através e ao redor de complexas redes culturais. Eles não são definidos por seus traços demográficos, mas sim por sua capacidade de mobilidade cultural e sua atitude diferente da tradicional com relação às questões étnicas. No Canadá, ele aponta a juventude urbana aborígine e as gerações de raças miscigenadas como sendo tais navegadores. Eles são, estatisticamente, o grupo de jovens adultos canadenses que receberam mais tempo de educação formal e provavelmente viajaram bastante²⁰.

Para essas pessoas, uma pergunta como “de onde você é?”²¹ perde o sentido, pois a identidade cultural delas, em especial a dos que vivem nos centros urbanos, é influenciada mais pela internet, pela educação, pela ocupação, pela participação em esportes e pelo consumo geral de mídia do que pelo nacionalismo ou pela lealdade étnica.²²

Nesse novo cenário, o impacto da tecnologia, em especial da internet, superou o impacto de mudanças demográficas e migratórias no estabelecimento de tendências culturais. Isso porque tal tecnologia se tornou uma parte intrínseca de como nós nos vemos e afetou dramaticamente nosso senso de conexão com o outro²³.

Segundo Habacon, a internet é capaz de unir famílias separadas por muitos quilômetros de distância, transcendendo fronteiras geopolíticas. Assim, uma família residente em Vancouver e cujo filho mais velho está em Hong Kong pode utilizar a comunicação de vídeo pela internet, durante a comemoração do ano novo lunar, para que eles vivam esse momento virtualmente juntos. Em que pese não ser o mesmo que estar fisicamente presente, o autor afirma que a presença do ente distante é sentida²⁴.

Além disso, ele afirma que a rede permite que os consumidores de mídia controlem totalmente o tipo de conteúdo digital que desejam consumir. Dessa forma, o controle da identidade cultural também fica nas mãos do próprio indivíduo, tornando-se autodeterminada. Alguns aspectos da identidade, como a ascendência, sempre serão fixos, mas as pessoas são capazes de enxergar o significado relativo que esse aspecto tem no estabelecimento de sua identidade cultural. Ou seja, o indivíduo é informado, mas não determinado pela sua origem étnica²⁵.

¹⁹ HABACON, Alden E. *Beyond the Mosaic: Multiculturalism 2.0. Canadian Diversity*. Montréal: v. 6, nº 4, p.150-154, Fall, 2008.

²⁰ *Ibid.* p.150.

²¹ Texto original: *Where are you from?*

²² HABACON, Alden E. *Op. cit.* p.151.

²³ *Ibid.* p. 52.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ *Loc. cit.*

Nesse contexto, merece destaque um exemplo de possível controle de um aspecto da identidade cultural pela internet, oferecido pelo Dalai Lama. Ele possui seu próprio site²⁶, no qual, além de divulgar informações escritas, transmite palestras ao vivo ou gravadas. Por mais distante que seja a China ou por mais isolado que seja o Tibete, qualquer brasileiro, por exemplo, se assim desejar, pode ter acesso direto aos ensinamentos do líder do budismo tibetano, que é uma religião tão diferente de sua cultura nacional.

Ainda segundo Habacon, os canadenses são sensíveis a essas mudanças, pois, em uma pesquisa realizada em 2003, ao serem perguntados sobre quais seriam os fatores mais importantes na escolha de um cônjuge, o indicado como menos importante pelos entrevistados foi o *background* étnico e o mais importante foi a atitude com relação à família e às crianças.²⁷

Contudo, o autor pondera que os resultados não sugerem que similitude cultural não seja importante na escolha de um cônjuge, pois a atitude com relação à família e o senso de humor, também indicado como importante por grande parte dos entrevistados, são, em seu conteúdo, culturalmente específicos, e família e humor são os mais universais dos valores culturais²⁸.

Mas o ponto principal a ser destacado é que, segundo a visão de Habacon, podemos dizer que a internet contribui para o multiculturalismo ao libertar o indivíduo de seu *background* étnico, como ocorreu no supracitado caso dos índios ikpeng. Ao permitir que ele navegue por diversas culturas, ela o informa e o forma para além dos limites de sua casa, de sua tribo, de sua cidade ou de seu país.

A questão que se segue é se é desejável que esses hábitos tradicionais mudem.

4. Habermas e a Impossibilidade de Preservação das Espécies

Em reportagem veiculada na Folha de São Paulo, a antropóloga Sofia Madeira, que estudou a reclusão de meninas kamayurás após a primeira menstruação, afirma que o fim desses rituais seria uma perda enorme. Em tal ritual, as meninas ficam mais de um ano num cômodo escuro, sem ver homens e com uma dieta mais pobre, conversando com mulheres mais velhas, aprendendo sobre a relação sexual e a fazer artesanatos²⁹.

A antropóloga reconhece que muitas ficam tristes, mas afirma que os rituais não acontecem apenas para a menina, eles são importantes para o que aquela sociedade quer. Já a antropóloga Sofia Mendonça afirma que o fascínio pelo modo de vida das cidades é uma ameaça para jovens, que estão em um momento de construção da personalidade, por isso o rito de passagem seria tão importante³⁰.

²⁶ <http://www.dalailama.com>

²⁷ HABACON, Alden. *Op. cit.* p.152-153.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ Folha de São Paulo Digital. "O fim desses rituais seria uma perda enorme", diz antropóloga. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhateen/912572-o-fim-desses-rituais-seria-uma-perda-enorme-diz-antropologa.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁰ MINUANO, Carlos. *Op. cit.*

Mas as ideias apresentadas revelam uma forma de ver e tratar as comunidades tradicionais como museus vivos, como objetos a serem preservados, e não sujeitos livres em suas escolhas. A lição de Habermas é exatamente nesse sentido.

Segundo o autor em seu artigo *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*³¹, a proteção dos modos de vida e das tradições nas quais as identidades dos membros de uma cultura são formadas se justifica na medida em que serve a eles próprios. A perspectiva ecológica da conservação das espécies não pode ser transferida para culturas³², ou seja, culturas tradicionais não podem ser tratadas como espécies em extinção que devam ser conservadas a qualquer custo. Se são as heranças culturais e os modos de vida a elas relacionados que moldam as estruturas de personalidade dos indivíduos que ali crescem, quando a própria cultura for capaz de convencer seus membros e motivá-los a manter a tradição, sua continuidade estará assegurada sem que haja interferência externa³³. Por outro lado, se o próprio povo não conseguir convencer seus membros a continuar determinada prática, ela estará fadada a desaparecer.

Portanto, um Estado de Direito pode tornar possível a reprodução desses meios de vida, mas não os garantir, pois garantir sua sobrevivência necessariamente significaria roubar a liberdade de dizer sim ou não dos membros da comunidade, liberdade essa que é necessária para que eles se adéquem à cultura e preservem sua herança cultural, se assim desejarem³⁴.

Para Habermas, quando uma cultura se torna reflexiva, os únicos modos de vida e tradições que podem se sustentar são aqueles que vinculam seus membros, enquanto, ao mesmo tempo, permitem seu exame crítico e deixam às gerações posteriores a opção de aprender com outras culturas³⁵.

Assim, em sociedades multiculturais, a coexistência de modos de vida com direitos iguais significa assegurar a cada cidadão a oportunidade de viver inserido em uma herança cultural e de poder escolher que o seu filho ou filha cresça de acordo com ela sem sofrer discriminação por causa disso. Ou seja, significa a oportunidade de perpetuar a cultura em sua forma tradicional, mas também significa dar ao indivíduo oportunidade de transformá-la, romper com ela de modo consciente ou simplesmente ignorá-la³⁶.

Portanto, quando a demanda por mudança vem de dentro, quando são os próprios membros da comunidade que querem a transformação, não deve o Estado, externamente, forçar a manutenção da tradição, em especial quando se tratar de uma prática que viole a integridade física do indivíduo contrariamente à sua vontade.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Kindle ed., 1994.

³² *Ibid.* p.130.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ *Ibid.* p.131-132.

Além disso, para outros antropólogos, a integração com novas tecnologias não leva, necessariamente, à destruição de práticas culturais. Pelo contrário, quando assim for o desejo dos membros, a internet pode ser usada para reforçar a tradição³⁷.

Em reportagem veiculada no portal de notícias G1, os índios ikpeng explicam que a tribo tem um banco de dados no computador para arquivar e planejar os trabalhos da comunidade³⁸.

Muitas comunidades também utilizam a internet para vender produtos artesanais. Alguns descobriram que vendiam itens a R\$1,00 (um real) enquanto os intermediários revendiam-nos em grandes centros urbanos a R\$60,00 (sessenta reais). A partir do momento em que souberam o verdadeiro valor de seus produtos e passaram a vendê-los diretamente na rede, a diferença pôde ficar com a comunidade e ser revertida para a manutenção de seus meios de vida tradicionais³⁹. Segundo os próprios índios, a venda do artesanato na internet os ajuda a divulgar, valorizar e preservar sua cultura⁴⁰. Ou seja, eles também usam a tecnologia para reforçar sua identidade, quando assim entendem que devem.

5. A Relação entre Multiculturalismo e Direitos Humanos: o Multiculturalismo Liberal de Will Kymlicka

Mas por que fomentar o multiculturalismo é algo desejável? A resposta para essa questão pode ser encontrada na obra de Will Kymlicka⁴¹. Para o autor, duas abordagens são possíveis para o multiculturalismo, uma tradicional e outra liberal.

Segundo a tradicionalista, práticas culturais autênticas e estilos tradicionais de vida devem ser protegidos contra as pressões por mudanças. Isso porque o multiculturalismo, por definição, trata de cultura, e a cultura deriva da tradição, então acomodar diversidades culturais seria o mesmo que preservar estilos de vida tradicionais⁴².

Diante disso, o papel das políticas multiculturais deve ser proteger contra as mudanças as práticas consideradas vitais para a manutenção da identidade cultural de um grupo e de seus indivíduos. E as tradições que serão consideradas as mais autênticas serão aquelas que estiverem mais enraizadas na história de um povo⁴³.

Essa é uma linha pautada no conservadorismo cultural contrária ao que Kymlicka defende, pois ao assegurar a cada grupo o direito de manter suas tradições culturais, ainda que elas contrariem direitos individuais, tal visão é usada para resistir aos Direitos Humanos e relativizá-los⁴⁴.

³⁷ ROSSETTO, Luciana. Para antropólogos, integração não faz índios perderem as tradições. *Portal G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/para-antropologos-integracao-nao-faz-indios-perderem-tradicoes.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁸ GONÇALVES, Andressa; MACHADO, Mariucha. *Op. cit.*

³⁹ IDG Now!. Índios usam internet para vender artesanato. Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2005/08/17/idgnoticia.2006-03-12.8230273482>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁴⁰ CRUZ, Montezuma. Artesanato Tupari à venda pela internet. Disponível em: <<http://www.gentedeopiniao.com.br/hotsite/conteudo.php?news=92594>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁴¹ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.217-243.

⁴² *Ibid.* p.231-232.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Loc. cit.*

Já a abordagem liberal, que é a defendida pelo autor, parte do pressuposto de que o multiculturalismo é transformador das identidades e práticas dos grupos, tanto dos majoritários como dos minoritários. Portanto, ao contrário da leitura tradicionalista, esta leitura compatibiliza multiculturalismo e Direitos Humanos⁴⁵.

Tal compatibilização é operacionalizada pelas duas funções que os Direitos Humanos exercem no contexto do multiculturalismo liberal: inicialmente eles servem de inspiração para as demandas das minorias e, após, eles limitam essas demandas⁴⁶.

Com relação à inspiração, o multiculturalismo seria uma evolução natural das normas de Direitos Humanos. Filho do liberalismo igualitário e comprometido com os princípios da liberdade individual, da igualdade e com valores democráticos, ele repudia a ideia de que alguns povos sejam superiores a outros⁴⁷.

A referida evolução começou com a luta pela descolonização, a qual, posteriormente, instigou a luta contra a segregação racial. Esta, por sua vez, fomentou a luta por direitos de minorias étnico-culturais historicamente subordinadas. Como resultado desse processo, a luta por igualdade tornou-se a busca pelo direito a uma cidadania não diferenciada, sendo assim considerada aquela que transcende diferenças de etnia, raça, religião, gênero ou preferência sexual⁴⁸.

Muitas minorias ao redor do mundo, porém, não foram segregadas, mas sim assimiladas à força⁴⁹. A unidade forçada é também uma forma de opressão, pois ela representa uma agressão aos povos que veem sua língua, seus costumes, suas instituições e sua cultura serem apagados devido a sua suposta inferioridade. Mas trata-se de uma ofensa não só aos direitos do grupo, como também aos direitos de cada indivíduo que dele faz parte. Destrói-se um sujeito para impor outro, como se fosse possível passar uma borracha naquilo que as pessoas são, e escrever, sobre as mesmas páginas, um novo livro, que ignora o que antes estava escrito: suas origens, seus anseios, suas crenças, sua história de vida. Em outras palavras, ao se impor uma identidade cultural, destrói-se o próprio sujeito em sua individualidade.

Mas a forma de proteção das minorias em face da assimilação forçada não se dá pela igualação. Pelo contrário, ela se dá pelo reconhecimento da diferença⁵⁰. Assim, é possível reconhecer a essas minorias o direito de manter suas instituições, sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, como faz a Constituição brasileira, em seu artigo 231, com relação aos índios.

Portanto, a luta dessas minorias por reconhecimento e contra a assimilação forçada foi um desdobramento da supracitada revolução dos Direitos Humanos.

Essa visão vai ao encontro da de Boaventura de Sousa Santos, quando ele afirma que a hermenêutica diatópica pressupõe que “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”⁵¹.

⁴⁵ *Ibid.* p.232-233.

⁴⁶ *Ibid.* p.220.

⁴⁷ *Ibid.* p.221.

⁴⁸ *Ibid.* p.221-222.

⁴⁹ *Ibid.* p.222-223.

⁵⁰ *Ibid.* p.223.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.* p.36.

Ainda segundo Kymlicka, o mais importante aspecto da revolução não está na mudança do direito em si, mas sim na consciência das pessoas, em especial dos membros dos grupos estigmatizados, que passam a demandar a igualdade como direito e não como mera generosidade⁵².

Já com relação aos Direitos Humanos como limite ao multiculturalismo liberal, o autor diz que é improvável que os Estados aceitem formas fortes de direitos das minorias caso isso conduza a ilhas de tirania⁵³.

Para ele, a revolução dos direitos humanos se apresenta como uma espada de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que instiga as lutas dos grupos minoritários, força-os a formular suas pretensões de acordo com os direitos humanos, o liberalismo dos direitos civis e o constitucionalismo democrático, com todas as garantias a eles inerentes. Logo, o discurso multicultural só será eficaz se agregar tais valores e nunca poderá abrir mão, em nome do multiculturalismo, da liberdade religiosa, da igualdade de gênero, da não discriminação racial, da justiça, da tolerância e da inclusão, por exemplo⁵⁴.

Dessa forma, legalmente, considerando que as políticas multiculturais estão inseridas no constitucionalismo liberal-democrático, os poderes delegados a instituições autônomas dos grupos minoritários estarão sujeitos aos limites impostos pelos Direitos Humanos, como qualquer instituição pública⁵⁵.

Mas Kymlicka reconhece que apesar de a maior parte das minorias nas democracias Ocidentais agregar tais valores, há sempre o risco da captura do discurso do multiculturalismo por elementos não liberais eventualmente presentes nas culturas minoritárias. Nesse caso, a solução para o problema seria a “expectativa liberal”, ou seja, a esperança de que haja uma espécie de força gravitacional que atrai as pessoas para valores liberal-democráticos⁵⁶.

Em que pese o tom de fé que o autor atribui à expectativa liberal, ele afirma que há prova histórica desse processo, pois grande parte dos grupos religiosos que se mudaram para os Estados Unidos a partir do século XIX foi, gradualmente, adotando a liberdade individual, a tolerância e a igualdade sexual em suas autocompreensões. Além disso, estudos recentes indicariam que comunidades indígenas que se autogovernam estariam cada vez mais adotando princípios liberal-democráticos⁵⁷.

Então, retomando a questão inicialmente proposta, por que fomentar o multiculturalismo é desejável?

Porque Direitos Humanos e multiculturalismo estão intrinsecamente conectados. É impossível falar de um sem falar de outro. Uma política de Direitos Humanos que se diga universal e ignore todas as características particulares dos grupos

⁵² KYMLICKA, Will. *Op. cit.* p.223-224.

⁵³ *Ibid.* p.224.

⁵⁴ *Ibid.* p.225.

⁵⁵ *Loc. cit.*

⁵⁶ *Ibid.* p.227.

⁵⁷ *Ibid.* p.227-228.

minoritários inevitavelmente ofenderá os direitos deles ao igualá-los forçadamente. Tal política será, nas palavras de Andrea Semprini, sempre um monoculturalismo imposto pelo mais forte⁵⁸.

Logo, tudo aquilo que potencialize o multiculturalismo, potencializa também os Direitos Humanos. E se a internet fomenta o multiculturalismo, isso é algo positivo, que deve ser buscado por uma democracia constitucional.

6. Conclusão

No presente artigo foi desenvolvida a ideia de que o homem virtual desconhece fronteiras. Ele é o verdadeiro cidadão global que consegue, de seu computador, viajar por todo o mundo e interagir com diversos povos. Ao viabilizar isso, a internet aproxima as pessoas e permite que as longas distâncias físicas não sejam empecilho para o intercâmbio cultural, elemento fundamental para o multiculturalismo.

Além de mudar a forma como as pessoas se comunicam, a internet permite que elas vasculhem um vasto acervo de informações sobre os mais variados assuntos. Mas isso apenas é possível porque qualquer um, sem distinções, pode divulgar ideias nela. Em outras palavras, ela apenas possibilita que alguém busque um conhecimento novo no ciberespaço porque permite que outro alguém insira esse conhecimento a ser buscado.

Em suma, qualquer cultura, não importa o quão minoritária ou oprimida seja, caso tenha acesso à internet, além de poder adquirir informações de incontáveis fontes, poderá divulgar seus modos de vida e seus ideais para que aqueles que não a conheçam possam aprender. E nessa troca de *bits* e *bytes*, na qual o diferente se revela, o sujeito torna-se capaz de questionar sua própria identidade cultural.

Portanto, concluímos que a internet age como uma catalisadora do multiculturalismo e, como consequência, fomenta os Direitos Humanos.

Bibliografia

CRUZ, Montezuma. Artesanato Tupari à venda pela internet. Disponível em: <<http://www.gentedeopiniao.com.br/hotsite/conteudo.php?news=92594>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

GONÇALVES, Andressa; MACHADO, Mariucha. *Índio quer celular, internet e redes sociais. Portal G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/rio20/noticia/2012/06/indio-quer-celular-internet-e-redes-sociais.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

HABACON, Alden E. *Beyond the Mosaic: Multiculturalism 2.0. Canadian Diversity*. Montréal: v. 6, n° 4, p.150-154, Fall, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Kindle Ed., 1994.

⁵⁸ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999, p.85.

Folha de São Paulo Digital. "O fim desses rituais seria uma perda enorme", diz antropóloga. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhateen/912572-o-fim-desses-rituais-seria-uma-perda-enorme-diz-antropologa.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

IDG Now! Índios usam internet para vender artesanato. Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2005/08/17/idgnoticia.2006-03-12.8230273482>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINUANO, Carlos. Jovens índios com acesso à internet questionam ritos dolorosos. *Folha de São Paulo Digital*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folhateen/912567-jovens-indios-com-acesso-a-internet-questionam-ritos-dolorosos.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais*. Kindle Ed.

OSHO. *Zen: sua história e seus ensinamentos*. São Paulo: Cultrix, 2004.

ROSSETTO, Luciana. *Para antropólogos, integração não faz índios perderem as tradições*. *Portal G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/para-antropologos-integracao-nao-faz-indios-perderem-tradicoes.html>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Kindle Ed. 2006.

WIKIPEDIA: *the free encyclopedia. About*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:About>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992

Emerson Garcia*

Sumário.

1. Considerações Iniciais. 2. O Direito Sancionador e as Instâncias de Responsabilização. 3. A Consensualidade na Ordem Jurídica Brasileira. 4. Legalidade e Indisponibilidade do Interesse nos Negócios Jurídicos Celebrados pelo Poder Público. 5. A Consensualidade na Responsabilização Administrativa. 6. A Consensualidade na Responsabilização Penal. 7. A Consensualidade na Responsabilização Cível. 7.1. A Experiência com o Compromisso de Ajustamento de Conduta no Âmbito da Tutela Coletiva. 7.2. A Consensualidade no Âmbito da Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas. 7.3. A Consensualidade no Âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Epílogo. Referências Bibliográficas.

Resumo

O direito sancionador brasileiro, tradicionalmente refratário à consensualidade, tem paulatinamente reconhecido a sua importância em distintas instâncias de responsabilização. O fio condutor dessa mudança tem sido a maior celeridade e eficácia na identificação e reprimenda de condutas de elevado potencial lesivo ao ambiente sociopolítico. O objetivo de nossas considerações é o de apresentar uma visão global a respeito da incorporação da consensualidade em nosso direito sancionador, com análise mais detida a respeito de sua possível aplicação aos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/1992.

1. Considerações Iniciais

Acordo e indisponibilidade do interesse são coisas que *hurlent de se trouver ensemble*, isso para utilizarmos a conhecida máxima francesa. E por que gritam quando se encontram? Por uma razão muito simples: não se transige com o que não se pode dispor. Apesar da obviedade dessa constatação, é palpável, na realidade brasileira, que situações de ruptura da ordem jurídica têm sido remediadas ou recompostas justamente a partir da consensualidade.

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

A consensualidade, em sua expressão mais simples, indica a convergência de vontades em prol de um objetivo comum. Pode oscilar entre os extremos da submissão ou da plena transação.

Na submissão, um dos acordantes se submete às diretrizes estabelecidas pelo outro. Tanto pode decorrer de uma opção do submisso como estar vinculada ao desequilíbrio de forças, o que é bem mais comum. Esse desequilíbrio pode ocorrer entre atores privados, normalmente em razão da primazia econômica de um deles, ou entre atores privados e públicos, em que a legislação ampara o público e limita o privado, ou mesmo entre atores públicos, em razão da superioridade política ou econômica de um deles, o que é particularmente nítido na federação brasileira, em que os entes federativos, apesar de autônomos entre si, não conseguem ombrear com a União, que concentra as competências legislativas mais relevantes e tem primazia na arrecadação tributária. A submissão é o modelo mais adotado quando presente a indisponibilidade do interesse. Neste caso, há uma espécie de norma-quadro, à qual devem ajustar-se os pactuantes.

Na plena transação, os pactuantes, numa posição de total igualdade formal e material, acordam livremente direitos e obrigações, instrumentalizando-os da forma que melhor lhes aprouver. Encontra-se alicerçada no livre exercício da autonomia da vontade, que não sofre a influência de qualquer limitador passível de comprometer a sua exteriorização. Esse modelo, como é perceptível, mostra-se de todo incompatível com a indisponibilidade, total ou parcial, dos interesses envolvidos. Afinal, a indisponibilidade limita o acordo passível de ser realizado.

Além desses modelos extremos, é possível nos depararmos com uma pluralidade de modelos intermédios. São modelos híbridos, em que determinados aspectos do acordo somente admitem a submissão e em outros prepondera a plena transação. Para que a coexistência desses modelos seja possível, ou se identifica uma livre manifestação de vontade do pactuante que ocupa uma posição de primazia, anuindo em conferir certa liberdade ao outro pactuante, ou se está perante uma norma-quadro que limita o universo do acordo, indicando, desde logo, o que é estranho ao poder de disposição dos pactuantes. Em ambos os casos, como se percebe, uma parte do ajuste somente se compatibiliza com a submissão de um dos pactuantes às diretrizes estabelecidas pelo outro pactuante ou decorrentes da própria ordem jurídica.

No âmbito do direito sancionador, em razão de suas próprias características estruturais, já que o Estado deve zelar pelos bens jurídicos tutelados e o infrator pode sofrer sanções que restrinjam aspectos de sua esfera jurídica insuscetíveis de plena disposição, como a liberdade ou, a depender do sistema, a própria vida, o modelo da plena transação dificilmente será adotado. Afinal, caso houvesse total liberdade entre os pactuantes, seria plenamente possível que o Estado deixasse de estabelecer qualquer reprimenda ou afastasse por completo o dever de reparação. Ou, no extremo oposto, que o infrator incursionasse na própria essência das sanções a serem aplicadas.

Portanto, em rigor lógico, o direito sancionador mais se afeiçoa ao modelo da submissão ou a um modelo híbrido. Apesar da compatibilidade conceitual com o modelo da submissão, não se pode deixar de observar que a plena e irrestrita

sujeição às cominações legais raramente será atrativa aos infratores, que certamente optarão por aguardar o desfecho da relação processual ao invés de sofrerem a sanção de maneira antecipada. A tendência é a adoção de um modelo híbrido, em que o Estado, sem dispor por completo do bem jurídico tutelado, transige em relação a alguns aspectos afetos à sua essência ou de natureza periférica, enquanto o infrator aceita as imposições antes da resolução do processo, judicial ou administrativo, ou, mesmo, do seu próprio início.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de analisar as características básicas das instâncias de responsabilização no direito sancionador brasileiro e a evolução da consensualidade nessa seara. Para tanto, analisaremos o potencial expansivo da consensualidade nos planos administrativo, penal e cível, culminando com a análise da possibilidade de aplicá-la, ou não, aos ilícitos civis previstos na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

2. O Direito Sancionador e as Instâncias de Responsabilização

Como já tivemos oportunidade de afirmar¹, o reconhecimento de que uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias de responsabilização é típico de sistemas, como o brasileiro, que adotam a independência entre as instâncias. Com isso, é possível que o agente sofra inúmeras sanções ao final de cada relação processual. À luz desse quadro, para a obtenção de padrões mínimos de organicidade sistêmica, é necessário que a ordem jurídica defina em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de a absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra. No extremo, ainda será preciso estabelecer um referencial de proporcionalidade sistêmica, de modo a evitar que esse critério seja valorado unicamente sob o prisma de cada relação processual, ignorando o efeito sinérgico de todas as sanções aplicadas.

A existência de mais de uma instância de responsabilização ainda permite que sanções de idêntica natureza jurídica sejam aplicadas em mais de uma instância, o que também contribui para alimentar o debate a respeito de um possível excesso punitivo por parte do Estado com a violação ao princípio do *ne bis in eadem*.

Dito isso, o primeiro aspecto a ser considerado é a identificação dos pressupostos básicos para o enquadramento de uma única conduta em mais de um sistema punitivo. O direito sancionador brasileiro, de natureza estatal, pode ser dividido em penal e extrapenal.

O direito penal trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de uma infração penal, cuja definição é oferecida pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal². As sanções cominadas, que alcançam o direito de liberdade, são necessariamente aplicadas por um órgão jurisdicional, o que sequer

¹ *Improbidade Administrativa*, 1ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 794-797.

² Decreto-lei nº 3.914/1941, art. 1º: “*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”.

precisa ser lembrado, tamanha a penetração dessa concepção nos dogmas do Estado de Direito. O direito extrapenal, por sua vez, de contornos muito mais amplos, é individualizado por exclusão: suas sanções, regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. A exceção fica por conta da prisão administrativa militar, implicitamente prevista na própria Constituição da República, ao vedar o uso do *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares³. Ainda merece menção o fato de a ordem constitucional autorizar a prisão como meio de coerção para o cumprimento da obrigação alimentar⁴, o que não configura verdadeira sanção.

No direito sancionador extrapenal, a natureza do órgão responsável pela aplicação da sanção e a sistemática processual a ser adotada assumem singular importância, devendo ser consideradas juntamente com o bem jurídico a ser restringido. Assim ocorre porque, diversamente ao que se verifica em relação ao direito sancionador penal, não há um diploma normativo definindo, em relação a cada instância de responsabilização, as sanções que lhe são características.

Com os olhos voltados à constatação anterior, podemos falar na existência de um direito sancionador extrapenal de natureza judicial, no qual são aplicadas sanções que restringem a esfera jurídica individual, assumindo contornos cíveis *lato sensu*. Essas sanções coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram, em sua essência, verdadeira sanção. Como exemplos, podemos mencionar a aplicação, por um órgão jurisdicional, das sanções previstas nas Leis nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas).

É importante frisar que a existência de sanções cíveis *lato sensu* é combatida por muitos, que parecem não visualizar a possibilidade de um Estado de Direito decidir instituir uma tipologia de ilícitos, com as sanções que lhe são correlatas, em um sistema não penal. Não reconhecem, portanto, a possibilidade de ser adotado um sistema repressivo com legitimados à propositura da ação, regras processuais, juízo competente e efeitos genéricos e específicos da sanção diversos daqueles encampados pelo direito penal. A soberania estatal não albergaria opção como essa? Ou será que qualquer sanção aplicável por um magistrado deve necessariamente assumir contornos penais?

A Lei nº 12.846/2013, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, oferece um exemplo bem sugestivo a esse respeito. Apesar de sua ementa fazer menção à responsabilização civil, o que é reiterado pelos arts. 1º, *caput* e 2º, além de o julgamento ficar a cargo de um órgão jurisdicional, alguns insistem em afirmar que a natureza jurídica das sanções é penal, pois a esfera cível somente

³ CR/1988, art. 142, §2º. Vide Lei nº 6.880/1980, art. 47, §1º.

⁴ CR/1988, art. 5º, LXVII. Sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel, também prevista na literalidade do preceito constitucional, vide Súmula Vinculante nº 25, do STF.

se harmoniza com a ideia de recomposição⁵. Será isto verdade? Não poderia o Estado instituir outros sistemas de responsabilização, de modo a impor restrições na esfera jurídica individual sem que o pano de fundo seja a privação da liberdade? A nosso ver, é tarefa assaz difícil alcançar respostas positivas a esses questionamentos sem a identificação de um fundamento constitucional que venha a embasá-las.

Outra categoria é a do direito sancionador administrativo, largamente estudado pela doutrina espanhola, em razão dos próprios termos da Constituição de 1978, cujo art. 25, 3, dispõe que *“la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”*. São enquadradas nessa categoria as sanções aplicadas por uma autoridade administrativa, que tanto podem limitar-se a restringir as relações jurídicas de natureza estatutária (v.g.: quando o superior hierárquico aplica as sanções de advertência ou de demissão) como restringir outros aspectos da esfera jurídica individual (v.g.: quando o Tribunal de Contas aplica a sanção de multa em razão do alcance praticado pelo gestor do dinheiro público).

Por fim, o direito sancionador político fica a cargo do Poder Legislativo, que avalia condutas juridicamente relevantes sob o prisma político. Com isso, atraindo distinções de elevada monta em relação ao processo tipicamente judicial, em especial no que diz respeito à imparcialidade do julgador e ao dever de fundamentação (v.g.: no julgamento do Chefe do Poder Executivo por crime de responsabilidade).

Cada uma das manifestações do direito sancionador será influenciada pelos princípios gerais, de estatura constitucional, afetos ao direito sancionador penal, que oferece as garantias mais básicas para o indivíduo em relação ao Estado. A partir daí, serão observados os demais direitos fundamentais, aplicados indistintamente a todos os indivíduos, com especial ênfase para as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como colhidos os influxos do sistema processual a ser utilizado, que pode ser o administrativo ou o judicial de natureza cível. Não há, nesse particular, correlação necessária entre o ramo do direito regente da conduta praticada ou da relação jurídica que lhe deu origem e aquele que disciplinará o respectivo sistema de responsabilização. Essa constatação, por óbvio, não permite seja ignorada a disciplina jurídica que rege a conduta praticada ao aferir-se o seu enquadramento, ou não, no plano da juridicidade. Em prol dessa conclusão, merece referência o art. 26, 2, da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que dispõe sobre a necessidade de o Estado Parte perquirir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos ilícitos ali previstos (v.g.: o suborno de funcionários públicos nacionais – art. 15), que *“poderá ser de índole penal, cível ou administrativa”*.

Se não há maiores dúvidas em reconhecer a possibilidade de o responsável pela conduta ser simultaneamente punido com base em mais de um ramo do direito sancionador, o mesmo não pode ser dito em relação à pluralidade de punições em

⁵ Nesse sentido: DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica: Desafios Sobre a Lei nº 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 14, mar.-abr./2016, p. 155 e ss. e NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90 e ss.

um mesmo ramo. Esse aspecto torna-se particularmente relevante ao lançarmos os olhos sobre o art. 30 da Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), preceito que tem a seguinte redação:

A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Como se percebe, o inciso I autoriza a duplicidade de incidência do direito sancionador extrapenal, de natureza judicial, sujeitando o responsável pela conduta às sanções da Lei nº 8.429/1992 e da LRPJ. No mesmo norte, aliás, caminha o art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), ao dispor que as sanções ali previstas serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”. Já o mencionado inciso II do art. 30 da LRPJ autoriza uma pluralidade de enquadramentos no direito sancionador administrativo, sem olvidar as sanções passíveis de aplicação pelo Tribunal de Contas. Haveria, nessas hipóteses, afronta ao *ne bis in eadem*? A nosso ver, a resposta deve ser negativa.

A inexistência de afronta ao *ne bis in eadem* exigirá que a objetividade jurídica afetada seja diversa, de modo que o enquadramento plúrimo decorra de distintas facetas da mesma conduta, que será cotejada com microssistemas normativos de natureza diversa, todos integrados ao mesmo ordenamento jurídico.⁶ Nesse caso, não teremos uma única ofensa punida com mais de uma sanção, mas, sim, uma pluralidade de ofensas jurídicas, derivadas da mesma conduta fática, o que justifica a pluralidade de sanções. É justamente o que ocorre quando a pessoa jurídica é simultaneamente enquadrada na Lei nº 12.846/2013 e na Lei nº 8.429/1992. Na LRPJ, o epicentro de análise é a conduta praticada no interesse ou em benefício da pessoa jurídica, a qual, eventualmente, pode contar com a participação de um agente público, nos termos do art. 3º e da tipologia do art. 5º. Essa conduta será valorada em conformidade com a relação jurídica existente, ou em vias de ser estabelecida, entre a pessoa jurídica e a Administração Pública. Já no sistema da Lei nº 8.429/1992, sua incidência depende da presença de um agente público e a pessoa jurídica pode eventualmente figurar como partícipe ou beneficiária, nos termos do art. 3º deste diploma legal. Neste caso, é analisada a observância, pelo agente público, dos deveres jurídicos inerentes ao

⁶ A respeito das discussões em torno do *bis in eadem* no âmbito da cooperação jurídica internacional, vide a densa exposição de Renata Ribeiro Baptista: Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate ao ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei nº 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 111-127.

cargo. Portanto, se uma pessoa jurídica, em conluio com o agente público, frauda licitação, será possível que ambos sejam responsabilizados com base na LRPJ (pessoa jurídica como autora e agente público como terceiro) e na Lei nº 8.429/1992 (agente público como autor e pessoa jurídica como terceiro).⁷

Caso o simultâneo enquadramento da mesma conduta em mais de um microsistema normativo de responsabilização passe no teste de compatibilização, não haverá óbice a que sanções de idêntica natureza jurídica, como a multa, o perdimento de bens e a proibição de recebimento de recursos do Erário sejam aplicadas em todos eles. O que não se permite é que, exaurida a circunstância fática que embasa a existência da sanção, em razão da anterior aplicação e execução de sanção de idêntica natureza, insista-se em uma nova execução. Nesse caso, efetivamente ocorrerá o *bis in eadem*. Uma vez executada a sanção de perda de bens aplicada com base na LRPJ, não será possível executar aquela aplicada por força da Lei nº 8.429/1992, ainda que a respectiva sentença tenha transitado em julgado. O mesmo há de ocorrer com a determinação de reparação dos danos causados, não se admitindo sejam reparados mais de uma vez.

A possibilidade de uma mesma conduta ser simultaneamente enquadrada em mais de uma instância de responsabilização, daí decorrendo a aplicação das respectivas sanções, ainda exige seja analisada a possibilidade de interpenetração entre as instâncias. Sob essa ótica, não é necessário maior esforço intelectual para alcançar a conclusão inicial de que a individualidade existencial dessas instâncias denota que a interpenetração não pode ser arbitrária e muito menos absoluta, sob pena de a independência se transmutar em absorção.

A maneira de assegurar a harmônica coexistência entre individualidades distintas consiste no reconhecimento de um fio condutor, que assegure a sua pertença a um todo. É assim que devemos compreender as diversas instâncias de responsabilização existentes em um mesmo sistema jurídico. Esse fio condutor é oferecido pelos princípios constitucionais afetos ao sistema penal, que devem nortear os distintos ramos do direito sancionador brasileiro. A partir daí, cada instância tem a sua individualidade delineada.

Apesar de cada instância ter a sua individualidade e ser independente das demais, é perfeitamente possível que a ordem jurídica disponha sobre a interpenetração entre elas. É o que ocorre, por exemplo: (a) no âmbito do direito penal, em que o reconhecimento de que o fato não existiu, de que o réu não foi o seu autor ou de que agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade produz efeitos nas demais esferas de responsabilização que não a política⁸; (b) com a celebração de acordos de

⁷ Em sentido contrário, entendendo que a simultânea incidência da LRPJ e da Lei nº 8.429/1992 caracteriza indevido *bis in eadem*, vide: PEREIRA NETO, Miguel. *A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira*. In: Revista dos Tribunais, vol. 947, set. de 2014, p. 331 e ss.

⁸ Caso a pretensão deduzida na ação penal seja julgada anteriormente às demais, fará coisa julgada nas esferas administrativa e cível sempre que reconhecer: a) ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal e arts. 65 e 386, VI, do CPP); b) a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP); c) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, art. 935 do Código Civil de 2002). Note-se que tais

leniência pelo CADE, como autorizado pelos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, o que acarreta a extinção da punibilidade de certas categorias de infrações penais; (c) com o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, celebrado no plano administrativo com base no seu art. 16, que afasta a aplicação, no âmbito da responsabilização judicial de natureza cível, da sanção prevista no art. 19 [“proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”].

3. A Consensualidade na Ordem Jurídica Brasileira

A Constituição de 1988, logo em seu preâmbulo, afirmou o seu comprometimento, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. A consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.

No plano infraconstitucional, a conciliação e a arbitragem há muito foram objeto de disciplina normativa específica; a mediação, por sua vez, recebeu tratamento normativo autônomo a partir de 2015, sendo inicialmente prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que veiculou o novo Código de Processo Civil, e logo em seguida na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. A consensualidade, portanto, é algo que permeia o sistema processual civil, alcançando, inclusive, a Administração Pública.

O reconhecimento da consensualidade no direito sancionador tende a ser extremamente útil ao Poder Público. Além de ser uma alternativa à investigação direta, nem sempre exitosa, é importante frisar, estimula o retorno do infrator ao plano da juridicidade, abrevia o curso do processo sancionador e, a depender das características que sejam atribuídas ao instituto, coloca em permanente risco aqueles que pratiquem os ilícitos em grupo, já que um dos infratores pode sempre decidir colaborar com as autoridades. É, portanto, um “elemento desestabilizador”⁹ da ilicitude. Sob esta última ótica, não nos parece que o rompimento de um suposto código ético entre os

efeitos somente alcançam os fatos discutidos no processo, permanecendo a possibilidade de livre valoração em relação aos demais. Afinal, como há muito reconheceu o STF na Súmula nº 18, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.” Caso haja absolvição por ausência de provas (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP), poderá a questão ser amplamente examinada nas esferas cível e administrativa. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que sequer for deflagrada a ação penal, havendo o arquivamento do procedimento inquisitorial respectivo (art. 67, I, do CPP). No caso de condenação criminal, tornar-se-á certa a obrigação de reparar o dano causado, servindo a sentença de título executivo judicial (art. 91 do CP e art. 515, VI, do CPC/2015).

⁹ RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss.

infratores, “traídos” que foram pelo colaborador, venha a colocar em risco os valores de convivência subjacentes ao ambiente sociopolítico. A referida “traição”, em verdade, somente apresenta esses contornos em relação aos infratores, pois, perante o Poder Público e a sociedade em geral, soará como mero cumprimento de um dever geral de convivência e de respeito à juridicidade.

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

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

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

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

A *consensualidade de colaboração* é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. Essa espécie de consensualidade pode ser acompanhada de *avaliação judicial* ou de *homologação judicial*: no primeiro caso, o juiz avalia a prova dos autos e decide que benefícios conceder; no segundo, o juiz tão somente homologa o acordo entre as partes, que definem, *a priori*, a relevância das informações e os benefícios a serem concedidos, podendo, se for o caso, ajustá-lo à juridicidade. Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz¹⁰, a colaboração exige

¹⁰ O fundamento dessas figuras não é pacífico. A esse respeito, merecem referência a teoria subjetiva, baseada na exigência político-criminal de premiar quem desiste do propósito criminoso (*ponti d'oro al nemico che fugge*); a teoria dos fins da pena, sob o plano dúplice da prevenção geral e da prevenção especial, levando em conta a menor gravidade da conduta e periculosidade do sujeito; a teoria premial ou do mérito, de modo a recompensar o livre e voluntário retorno ao direito, o qual, embora não apague as

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

Nos itens subsequentes, procuraremos oferecer uma visão da consensualidade no âmbito do direito sancionador brasileiro, com abordagem direcionada aos planos administrativo, penal e cível.

4. Legalidade e Indisponibilidade do Interesse nos Negócios Jurídicos Celebrados pelo Poder Público

O denominado “Estado de Direito”, que somente encontrou o seu apogeu a partir do século XIX, é caracterizado, em seus contornos mais basilares, pela submissão do Estado ao Direito. Reflete, portanto, a superação do Estado Absoluto ou de Força, praticamente hegemônico até o século XVII e no qual se tinha a total preeminência dos poderes do soberano, com abstração dos interesses dos súditos, e do Estado de Polícia, caracterizado pelo absolutismo iluminado de fins do século XVIII e no qual a força, consoante o juízo valorativo do soberano, era direcionada à felicidade dos súditos. Nesses dois modelos, as normas de conduta somente vinculavam os súditos, sob a forma de regras de natureza cível, penal e processual, não havendo qualquer limitador para a Administração, por inexistir um direito público propriamente dito.

A transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito é caracterizada pela superação do caráter ilimitado do poder estatal e pela submissão de algumas de suas atividades ao direito civil. Nesse primeiro momento, é factível que o referencial de legalidade assume contornos semelhantes àqueles extensivos aos cidadãos em geral. Em outras palavras, o Estado poderia fazer tudo que não lhe fosse por lei vedado. Com o reconhecimento da soberania popular e o avanço das ideias democráticas, concentrou-se, no Parlamento, a prerrogativa de definir o padrão de conduta a ser seguido, que seria tão somente materializado, na realidade, pelo Poder Executivo, subdividido nos ramos da justiça, que somente adquiriu autonomia existencial com o reconhecimento das garantias dos Juízes (*vide o Act of Settlement* inglês, de 1701) e da administração. A legalidade, nesse segundo momento, já assumia contornos bem similares àqueles que direcionariam o direito público contemporâneo: pressupunha a separação dos poderes e dispunha que a Administração somente poderia atuar nos limites por ela estabelecidos¹¹. Esse arquétipo básico, exposto de modo singelo, sofreu novo redimensionamento ao se perceber que a lei seria incapaz de exaurir, por completo, as opções do administrador, o que lhe assegurava uma certa liberdade valorativa na densificação do seu conteúdo e

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

¹¹ MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*, Tome Premier. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, p. 66-71.

na escolha das medidas a serem adotadas, o que é da essência do denominado poder discricionário. À luz desse quadro, na síntese de Zagrebelsky¹², “a predeterminação legislativa da ação administrativa era fatalmente destinada a retroceder”.

No direito contemporâneo, a legalidade coexiste com o referencial de constitucionalidade, que direciona e limita o seu conteúdo, com especial ênfase à proteção dos direitos individuais, e costuma assegurar uma certa margem de liberdade ao administrador em relação a aspectos específicos do ato a ser praticado, como a identificação dos motivos que o autorizam e a escolha do respectivo objeto.

Ainda que sejam intensos os debates a respeito do conteúdo do princípio da legalidade¹³, é inegável o seu papel de alicerce fundamental do Estado de Direito, bem como que os regulamentos são atos derivados, não podendo inovar na ordem jurídica com intensidade semelhante à lei, ainda que esse dogma seja diuturnamente posto à prova com o poder normativo das agências reguladoras. A legalidade pode ser concebida em uma perspectiva dicotômica: a) como uma *relação de compatibilidade* (ou vinculação negativa, como preferem alguns) do ato com a lei, resultando na não contrariedade dos preceitos normativos; ou b) como uma *relação de conformidade* do ato com a lei, o que somente legitimaria a atuação estatal em havendo previsão normativa e na medida em que os atos praticados se mantivessem adstritos aos seus limites.

Certamente, inexistirão dúvidas de que nenhum agente público está autorizado a praticar atos contrários à lei, o que inclui o seu dever de agir ou de se abster sempre que esta o determinar. O mesmo, no entanto, não pode ser dito nas hipóteses em que inexistir previsão legal. Nesse caso, estará o agente legitimado a agir da forma que melhor lhe aprouver para a consecução do interesse público?

Atualmente, o princípio da legalidade é concebido em uma perspectiva distinta da de outrora, época em que a atividade estatal não tinha como pressuposto a previsão normativa, mas unicamente a ausência de limitação por ela imposta. Caso nada dispusesse a lei, ou sendo ela obscura, reconhecia-se ao agente público uma larga margem de liberdade para a apreciação dos fatos e consequente definição de sua esfera de atuação. De acordo com essa concepção, majoritária até o século XIX, a administração pública podia fazer tudo o que não lhe fosse proibido por lei.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992 (12ª reimp. de 2010), p. 40.

¹³ Aproveitando-nos da pesquisa realizada por Charles Eisenmann (O Direito Administrativo e o princípio da legalidade, RDA 56/47), “podemos identificar três tendências a respeito da matéria. Para André de Laubadère (Traité, nº 369), a legalidade é o conjunto: a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; c) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro lugar, os princípios gerais do direito – ou seja, quatro elementos de caráter ‘escrito’, dos quais os dois primeiros formam o ‘bloco legal’ (Hauriou), os três primeiros o ‘bloco legal das leis e regulamentos’, e dois elementos de caráter não escrito. Georges Vedel (*La Soumission de l’Administration à la loi*, nº 47) encampa uma posição ainda mais ampla de legalidade, acrescentando que ‘às regras de direito obrigatórias para a Administração vêm unir-se as normas peculiares que as vinculam – às dos atos administrativos individuais e às dos contratos. Assim, compõem o ‘bloco da legalidade’ a totalidade das normas cuja observância impor-se-ia à Administração; a legalidade se identifica então pura e simplesmente com a regulamentação jurídica em seu todo, com o ‘direito vigente’”. Por último, tem-se a noção originária e restritiva do princípio da legalidade, impondo à Administração a observância das normas criadas pelo legislador, as quais se reduzem à lei (*lato sensu*).

A liberdade era a regra, sendo a vinculação a exceção, o que tornava exigível que existisse unicamente uma *relação de compatibilidade* entre o ato e a lei, vale dizer, o ato era válido sempre que não a contrariasse, ainda que na lei não encontrasse amparo imediato.

Com o evoluir da doutrina publicista e a contínua reflexão sobre o papel desempenhado pelo Estado, a lei deixou de ser unicamente o elemento limitador da atividade estatal, passando a assumir a posição de seu substrato legitimador, o que interdita a prática de atos *contra legem* ou *praeter legem* e torna cogente a obrigação de agir *secundum legem*, conforme a conhecida fórmula de Stassinopoulos¹⁴.

Como consectário lógico da organização política da República Federativa do Brasil, o princípio da legalidade encontra previsão expressa no art. 37, *caput*, da Constituição, sendo cogente sua observância por parte da administração pública de qualquer dos Poderes. O tratamento dispensado pelo sistema constitucional¹⁵ ao referido princípio denota claramente que, regra geral, deve existir uma *relação de conformidade* entre os atos administrativos e a lei. A atividade estatal deve adequar-se ao princípio da legalidade em uma dupla vertente: pressupõe a antecedência da lei e deve ser conforme a ela sob os prismas formal e material.

Percebe-se que a *conformidade* contém em si a *compatibilidade*, pois o ato conforme a lei será necessariamente com ela compatível, bem como que, no sistema da conformidade, a Administração somente pode atuar após a intervenção do legislador, enquanto no sistema da compatibilidade a atuação é admissível independentemente da existência de expressa disciplina legal, o que resulta em maior restrição no primeiro sistema e em ampla liberdade no segundo.

Essa relação de conformidade do ato com a lei não será exigível nas hipóteses em que a próprio sistema o permitir. É o que ocorre em relação aos atos que tenham como fundamento de validade a própria ordem constitucional, o que dispensa a intermediação da lei. O mesmo se verifica com os regulamentos, os quais têm o seu limite estabelecido pela lei e devem manter uma relação de adequação com ela, mas podem dispor sobre tudo aquilo que não infrinja o princípio da reserva de lei e não contrarie os termos da norma cuja execução visam a disciplinar, o que denota uma nítida relação de compatibilidade quanto às disposições que não se limitem a repetir o conteúdo da lei. Ou, no que diz respeito ao objeto do nosso estudo, com os

¹⁴ Nas palavras de Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 376), “um indivíduo atua como órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, ou seja, entre o indivíduo que não atua como órgão do Estado e o indivíduo que atua como órgão do Estado. Um indivíduo que não funciona como órgão do Estado tem permissão para fazer qualquer coisa que a ordem jurídica não o tenha proibido de fazer, ao passo que o Estado, isto é, um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que a ordem jurídica o autoriza a fazer. É, portanto, supérfluo, do ponto de vista da técnica jurídica, proibir alguma coisa a um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. Se um indivíduo atua sem autorização da ordem jurídica, ele não mais o faz na condição de órgão do Estado”. Acrescenta, ainda, que “é preciso proibir um órgão de efetuar certos atos apenas quando se deseja restringir uma autorização prévia” (p. 377).

¹⁵ Na Constituição da República, também são manifestações expressas do princípio da legalidade os arts. 5º, II (geral) e XXXIX (matéria penal), 84, IV (adstrição do Executivo à lei) e 150, I (matéria tributária).

acordos celebrados no âmbito do direito sancionador, que consubstanciam exceção ao exercício da regra de competência sancionadora prevista na ordem jurídica, mas devem ajustar-se à lógica da respectiva instância de responsabilização.

5. A Consensualidade na Responsabilização Administrativa

A consensualidade tem sido largamente utilizada no direito administrativo como mecanismo de recomposição da juridicidade, o que tende a ocorrer de maneira mais célere, com níveis de eficácia mais elevados e menor dispêndio de recursos. A tendência, ao menos no direito brasileiro, é o seu direcionamento, pela lei, às infrações originárias de relações jurídicas de maior complexidade e impacto social.

A esse respeito, destacaremos, a seguir, a relevância da consensualidade como instrumento de restabelecimento da juridicidade quando identificadas infrações contra a ordem econômica, o mercado de valores mobiliários e as normas de regência de um setor regulado. Mais recentemente, também o sistema financeiro foi alcançado pela consensualidade.

A utilização da consensualidade no combate aos cartéis¹⁶ e na consequente defesa da concorrência remonta ao *Leniency Program*, instituído em 1978 pelo Departamento de Justiça norte-americano e utilizado pela *Antitrust Division*. Nessa sistemática, o primeiro envolvido a colaborar com a autoridade antitruste receberia certos benefícios, deixando de ser alcançado pela carga sancionadora em toda a sua intensidade. Como não eram previstas com exatidão as vantagens a serem obtidas pelo colaborador, sendo atribuída ampla liberdade valorativa às autoridades, o programa não teve o êxito esperado. Essa liberdade, aliás, é uma característica inerente ao sistema americano, em que, apesar da larga utilização do direito escrito, é estruturalmente direcionado pelos institutos de *common law*, como a vinculatividade dos precedentes e o reconhecimento da obrigatoriedade das práticas reiteradas.

Esse quadro foi alterado com o *Corporate Leniency Policy* de 1993, que sucedeu e aperfeiçoou a sistemática anterior com o *Amnesty Program*. Foram previstos: os benefícios que poderiam ser obtidos pelo colaborador; a possibilidade de o colaborador ser anistiado da multa caso a colaboração fosse ofertada antes de iniciada a investigação ou tê-la reduzida em se tratando de colaboração posterior; e a extensão dos efeitos do acordo às pessoas físicas que atuavam junto à pessoa jurídica. A partir de então, foi muito difundido, pelo Departamento de Justiça, o *slogan*: “*making companies an offer they shouldn’t refuse*”.

O *Leniency Plus*, de 1999, foi editado com o objetivo de beneficiar os colaboradores que fornecem informações úteis à identificação de cartel que atua em mercado diverso, estranho à sua linha de produtos e serviços.

¹⁶ O cartel é caracterizado pela uniformidade de comportamento ou pela atuação conjunta e ordenada, ainda que cada sociedade empresária permaneça autônoma em relação às demais. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 229. A prática é extremamente deletéria para a economia, pois elimina a concorrência e reduz os direitos dos consumidores.

Com a aprovação do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004, as penas cominadas para os casos de conluio entre os atores econômicos foram ampliadas, o que serviu de estímulo à celebração dos acordos.

São utilizados basicamente dois instrumentos, o *consent decree*, em que se busca a cessação da prática, sem reconhecimento de culpa, e que deve ser homologado pelo Poder Judiciário¹⁷, sendo a fonte de inspiração do compromisso previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, que atualmente disciplina o sistema brasileiro de defesa da concorrência, com a diferença de que a matéria é integralmente apreciada no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE); e o *plea agreement*, que também carece de homologação pelo Poder Judiciário, em que há cessação da conduta ilícita, tipificada como crime no sistema norte-americano, obtenção de provas úteis à identificação do cartel, reconhecimento de culpa e aplicação de sanção inferior àquela que provavelmente seria aplicada ao fim do processo regular.¹⁸

O colaborador, no direito norte-americano, ainda é beneficiado com a não incidência dos “danos triplos” (*treble damages*), os denominados “danos punitivos” (*punitive damages*) que acarretam o dever de os integrantes do cartel, no caso de condenação, serem obrigados a ressarcir o triplo dos prejuízos causados. É a “detruplicação” (*detrebling*). Arcam com danos simples, dividindo-se os dois terços restantes entre os demais integrantes do cartel.¹⁹

O potencial lesivo dos cartéis para a livre concorrência e o fato de muitos terem atuação transnacional exigiu que os clássicos instrumentos de coibição, sobrepostos aos limites da soberania de cada Estado de Direito, fossem redimensionados de modo a tornar viável uma atuação integrada.

No âmbito das organizações internacionais de integração, em que os Estados-Partes delegam parte de seus poderes soberanos à respectiva organização, cujas deliberações produzem eficácia no direito interno independentemente de anterior ratificação, merecem destaque as iniciativas adotadas no âmbito da União Europeia. A Comissão Europeia instituiu um programa de leniência por meio da *Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines*, 1996 C 207/04, de 18 de julho de 1996, estabelecendo as diretrizes a serem observadas para a redução da multa administrativa cominada à formação de cartéis. Ainda que o colaborador não fosse o primeiro a prestar informações sobre o cartel, poderia se beneficiar com reduções percentuais da multa cominada. Em momento posterior, nova sistemática foi introduzida pela *Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines*, 2002 C 45/03, de 19 de fevereiro de 2002, sendo reduzida a liberdade

¹⁷ Sobre os mais de cem anos de utilização do *consent decree*, pelo Departamento de Justiça, no combate aos cartéis, vide: EPSTEIN, Richard A. *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*. EUA: AEI Press, 2007.

¹⁸ Ainda merece referência a possibilidade de serem oferecidas outras garantias, principalmente quando a investigação envolve cartéis internacionais e as informações são obtidas junto a cidadãos estrangeiros. Nesses casos, o Departamento de Justiça, em articulação com o Serviço de Imigração e Naturalização, assegura, de modo expresse, antes mesmo da celebração do *plea agreement*, a possibilidade de esses colaboradores poderem viajar livremente para os Estados Unidos da América. Cf. PEARLSTEIN, Debra J. (*Chair*). *ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments*, vol. II. 5ª ed. USA: American Bar Association, 2002, p. 1198.

¹⁹ Cf. DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de Leniência – Breve Estudo Comparativo. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, Jan, 2007, p. 49 e ss.

da Comissão e estabelecida a imunidade automática para a sociedade empresária que preenchesse os requisitos exigidos (v.g.: ser a primeira a se manifestar e que, até então, inexistissem provas suficientes da existência do cartel). Em relação às organizações internacionais de cooperação, que expressam o modelo clássico e são a grande maioria, merecem destaque as iniciativas adotadas no âmbito da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que conta com o *Committee on Competition Law and Policy*. Esse órgão tem buscado aumentar a cooperação internacional²⁰, de modo a facilitar a identificação e consequente coibição de práticas ilícitas.

No direito brasileiro, são utilizados basicamente dois instrumentos, com predomínio da consensualidade, no combate às práticas lesivas à concorrência: o acordo de leniência e o compromisso de cessação de conduta, opções que se oferecem para evitar a tramitação do processo administrativo regular, em que é possível a aplicação de sanção ao final.

O acordo de leniência foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, reeditada quatro vezes até ser convertida na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este diploma normativo alterou a Lei nº 8.884/1994, que criara o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispusera sobre as infrações contra a ordem econômica, para autorizar, no art. 35-B, a celebração de acordo visando à extinção da ação punitiva da Administração Pública ou à redução da penalidade aplicável à pessoa física ou jurídica autora da infração, neste último caso desde que fosse a primeira a procurar as autoridades e efetivamente colaborasse para a identificação dos demais envolvidos. Trata-se de uma “corrida para tocar o sino (*ring the bell*)”²¹, de modo a incentivar a colaboração com as autoridades. O benefício, no entanto, não alcança aqueles que “tenham estado à frente da conduta tida como infracionária”, mas seria extensivo aos dirigentes e administradores que firmassem o mesmo instrumento.

O acordo seria celebrado pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e não se sujeitaria à homologação do CADE, que deveria apenas seguir os seus termos.

O art. 35-C, por sua vez, dispôs expressamente sobre a interpenetração entre as instâncias penal e administrativa ao estatuir que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, a celebração do acordo de leniência acarretaria a suspensão do prazo prescricional e impediria o oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, seria extinta a punibilidade.

Em momento posterior, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou dispositivos da Lei nº 8.884/1994 e passou a disciplinar a matéria em seus arts. 86 e 87.

²⁰ A respeito da cooperação internacional no combate aos cartéis, com destaque para as iniciativas brasileiras, *vide*: ARRUDA, Vivian Anne do Nascimento e CRUZ, Tatiana Lins. A Florescência da Cooperação Internacional em Matéria Antitruste no Brasil Enfoque à Cooperação no Combate aos Cartéis. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jul.-dez./2011, p. 163-208.

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157 e ss.

O acordo de leniência, doravante, passou a ser celebrado pelo CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral, e os seus efeitos seriam analisados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão também vinculado à autarquia. Os seus efeitos, ademais, além de se projetarem sobre os crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990, também alcançariam aqueles tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal. O acordo, portanto, produz efeitos administrativos e penais.

É no mínimo duvidosa a constitucionalidade do comando legal que transfere a autoridade administrativa que não o Ministério Público, titular da ação penal, conforme o art. 129, I, da Constituição de 1988, o juízo valorativo a respeito da extinção da punibilidade de uma infração penal. A punibilidade da infração penal é inerente à sua tipificação e consequente cominação da sanção para aqueles que a praticarem, o que permite concluir que é alcançada pelo princípio da legalidade penal, extraído da regra do art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Quando a lei atribui efeitos penais a um acordo direcionado por influxos de conveniência e oportunidade, inerentes à decisão de celebrá-lo, ou não, é evidente a transferência, do plano legal para o administrativo, de uma sistemática nitidamente afeta ao primeiro. A lei pode estabelecer as causas de extinção da punibilidade, já que a própria ação penal é promovida “na forma da lei”, conforme o referido art. 129, I, mas não parece possível que a lei transfira ao CADE o poder decisório a esse respeito²²⁻²³.

A disciplina do acordo de leniência no direito brasileiro ainda apresenta outro complicador em termos de previsibilidade de suas consequências em relação ao colaborador. Trata-se da possibilidade de os documentos que lastrearam o acordo serem utilizados em outra instância de responsabilização a partir de requisição judicial. Tal pode ocorrer caso sejam ajuizadas ações civis de reparação dos danos causados pelo cartel, o que torna a posição jurídica do colaborador particularmente frágil, inclusive por ter expressamente reconhecido a prática do ilícito. Apesar de sua relevância, a matéria não foi disciplinada na Lei nº 12.529/2011, inexistindo qualquer isenção de responsabilidade para o colaborador²⁴. No direito europeu, o Tribunal de Justiça da

²² Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade dessa causa extintiva da punibilidade com base no argumento de que a ação penal é ajuizada “na forma da lei”, que pode mitigar a sua obrigatoriedade, bem como que referida extinção não decorre de decisão administrativa do CADE, mas da lei, *vide*: MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169 e ss.

²³ Não é incomum que se busque contornar a tese da inconstitucionalidade incluindo-se o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, como signatário do respectivo acordo de leniência. *Cf.* DRAGO. Acordos de Leniência. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 49; DE CAMPOS, Marcos Vinícius (coordenador). Painel I – cartéis: interface administrativa e criminal. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 19 e ss; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss; RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss; e RODAS, João Grandino. *Acordos de Leniência em Direito Concorrencial. Práticas e Recomendações*. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 862, ago./2007, p. 22 e ss.

²⁴ *Cf.* SILVA E SOUZA. Mecanismos de Proteção... *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.

União Europeia já decidiu que caberia aos juízes nacionais valorar os fatos e alcançar o equilíbrio possível entre o direito à reparação dos danos causados pelo cartel e a efetividade do acordo de leniência, ponderando, com isso, os interesses protegidos pelo direito da União²⁵.

O segundo instrumento utilizado é o compromisso de cessação de conduta, introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 92.323/1986, que regulamentou a Lei nº 4.137/1962, posteriormente revogada pela Lei nº 8.884/1994. O referido Decreto, sob cuja égide não foi celebrado nenhum compromisso de cessação, ainda foi sucedido pelo de nº 36/1991, que também não produziu qualquer efeito prático, já que ambos não detalhavam o procedimento a ser seguido na celebração do compromisso ou os incentivos para que o administrado o celebrasse²⁶.

Nova disciplina foi veiculada pelo art. 53 da Lei nº 8.884/1994, sendo inicialmente regulamentado pela Resolução nº 46 do CADE. Nesse instrumento, a pessoa jurídica sob investigação por infração à ordem econômica acordava, com o CADE ou com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, *ad referendum* do CADE, a cessação de sua conduta, sem olvidar a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, exigência esta sempre inserida nos acordos, apesar do silêncio da legislação²⁷. Esse reconhecimento, é importante frisar, parte da premissa de que o compromisso de cessação de conduta, celebrado após o início das investigações, não pode ser mais benéfico para o investigado que o acordo de leniência, no qual confessa a culpa e apresenta provas a respeito da conduta de outros participantes. A Administração deixa de dar seguimento ao processo administrativo direcionado à aplicação da sanção enquanto o acordo estiver sendo cumprido²⁸. A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 e vedou a celebração desse ajuste em se tratando de cartel, restrição eliminada pela Lei nº 11.482/2007, que previu a necessidade de ser recolhida, quando cabível, “contribuição pecuniária” para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sem contar a cominação de multa para a hipótese de inadimplemento. O termo poderia ser celebrado até o início da sessão de julgamento do processo administrativo e constituiria título executivo extrajudicial, a exemplo, aliás, do termo de ajustamento de conduta passível de ser celebrado, por alguns legitimados, no âmbito do processo coletivo.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o termo de compromisso de cessação passou a ser disciplinado em seu art. 85, devidamente integrado pelos arts. 184 e

²⁵ Grande Seção, Processo C-360/2009 (Caso Pfeider), j. em 14/06/2011, *in: ECLI:EU:C:2011:389*; e 1ª Seção, Processo nº (Caso Donau Chemie), j. em 06/06/2013, *in: ECLI:EU:C:2013:366*.

²⁶ Cf. SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessão de Prática e o Reconhecimento de Culpa. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jun.-dez./2011, p. 13 e ss.

²⁷ Cf. VICENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: Requisito Essencial ou Prescindível, Face ao Programa de Leniência? *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 252 e ss. No entender desse autor, a confissão de culpa pode integrar o termo de cessação de conduta, mas não é indispensável à sua celebração, mesmo nos processos em que o acordo de leniência tenha sido celebrado.

²⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira: parecer publicado em junho de 2001. *In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula Ana. O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229 (232-233).

seguintes do Regimento Interno do CADE. Além de ser celebrado exclusivamente por esta autarquia, não produz efeitos na seara penal, o que somente é alcançado com a celebração do acordo de leniência²⁹. Não é necessário, ademais, o fornecimento de quaisquer informações a respeito da prática de ilícitos por terceiros³⁰, tendo abrangência sensivelmente inferior ao acordo de leniência³¹.

Instrumento similar também foi previsto na Lei nº 6.385/1976, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 9.457/1997 e, posteriormente, pela Lei nº 10.303/2011. De acordo com o art. 11 do referido diploma legal, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) poderia celebrar, com os infratores das normas afetas ao mercado de valores mobiliários, termo de compromisso, condicionado à cessação da prática, correção das irregularidades e indenização dos prejuízos³². O cumprimento desse termo, que constitui título executivo extrajudicial, afasta a aplicação das sanções previstas. Esse sistema sofreu novas modificações com a Medida Provisória nº 784/2017, que autorizou, em seu art. 35, a celebração do acordo de leniência pela CVM. Suas premissas estão baseadas na colaboração do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas que comprovem os fatos, sendo necessária confissão da prática do ilícito. O efeito será a extinção da ação punitiva ou a redução da pena.

No âmbito do direito regulador, observa-se, inicialmente, uma ampla liberdade valorativa das agências reguladoras no estabelecimento de padrões de conduta e no exercício do poder de polícia, inclusive com a aplicação de sanções que se mostrem compatíveis com o potencial lesivo do ilícito praticado. Essas agências, que já ultrapassam a dezena, não têm recebido uma uniformidade de tratamento no plano legislativo, o que se projeta sobre os instrumentos de consensualidade postos à sua disposição. A peculiaridade é que as lacunas legislativas não têm impedido que muitas delas editem atos normativos infralegais reconhecendo a possibilidade de celebrarem ajustes, os quais, pelo menor caráter impositivo e maior potencial de satisfação, têm recebido de parte da doutrina a denominação de *soft regulation* (regulação fraca). É o que foi feito, por exemplo, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que editou a Resolução Normativa nº 63/2004, cujo art. 21 previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta “alternativamente à imposição de penalidade,” tendo por objetivo mor a adequação da conduta à juridicidade. O mesmo foi feito pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por meio da Resolução nº 3259/2014 (arts. 83 a 87); e pela Agência Nacional de

²⁹ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni; FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Alterações Penais da Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. In: Revista dos Tribunais, vol. 927, jan./2013, p. 159.

³⁰ Cf. CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES e Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: os Acordos de Leniência, O Tempo de Compromisso de Cessão e a Lei nº 11.482/2007. In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional, vol. 15, jan./2007, p. 45.

³¹ Cf. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional, vol. 8, jan./2001, p. 137 e ss.

³² Sobre as semelhanças do instrumento de consensualidade previsto na Lei nº 9.457/1997 e o *consent decree* do direito norte-americano, vide: DE MORAES, Luiza Rangel. Considerações sobre o *consent decree* e sua aplicação no âmbito da disciplina do mercado de valores mobiliários. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 4, jan.-abr./1999, p. 99 e ss.

Telecomunicações (ANATEL), por meio da Resolução nº 629/2013 (art. 1º e ss.). Deve-se observar que as agências reguladoras são responsáveis pela definição de parte dos ilícitos passíveis de serem praticados pelas respectivas operadoras, não se ajustando à lógica binária da previsão legal do ilícito e da sanção, que tem caracterizado o direito administrativo sancionador³³.

A única agência reguladora que conta com norma legal expressa a respeito da consensualidade no plano do direito sancionador é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS). A Lei nº 9.656/1998, em seus arts. 29 e 29-A, dispõe sobre o “termo de compromisso de ajuste de conduta”, que pode se assemelhar ao termo de cessação de conduta anteriormente visto ou ao homônimo, largamente utilizado na tutela coletiva, que ainda será objeto de análise. No primeiro caso, disciplinado no art. 29, exige-se a cessação da conduta e a correção das irregularidades, inclusive com a indenização dos prejuízos. Deve prever multa para a hipótese de inobservância e tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Uma vez cumprido, acarreta a extinção do processo administrativo, não sendo aplicada qualquer penalidade ao operador ou prestador do serviço. No segundo caso, previsto no art. 29-A, é celebrado com o objetivo de assegurar a qualidade dos serviços de assistência à saúde, não podendo acarretar restrição de direitos do usuário. Como se percebe, no art. 29 da Lei nº 9.656/1998, o termo é celebrado no âmbito do direito administrativo sancionador; já no âmbito do art. 29-A, almeja-se, apenas, que uma conduta seja ajustada à juridicidade. Não há dúvidas, aliás, de que este último, em razão dos amplos termos da legislação afeta à proteção dos interesses difusos e coletivos, especialmente em razão do disposto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, pode ser utilizado por qualquer agência reguladora.

Apesar da ausência de previsão legal da consensualidade no direito sancionador manejado pelas agências reguladoras que não a ANSS, é factível que a aplicação antecipada de sanções, a partir de aquiescência expressa do ente que integra o setor regulado, ou mesmo o mero ajuste da conduta, de modo a melhor atender às exigências do mercado e ao interesse social, não configurem qualquer ruptura sistêmica. Afinal, a deliberação, nesse caso, será realizada pelo próprio órgão responsável pelo monitoramento do setor e pela resolução do processo administrativo.

Por fim, a Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, dispôs sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil, tendo previsto a possibilidade de ser firmado termo de compromisso com a instituição financeira (arts. 11 a 15) ou acordo com pessoas físicas ou jurídicas (arts. 30 a 32), em razão da prática de infrações contra o sistema financeiro.

³³ De acordo com o art. 173 da Lei nº 9.472/1994, “a infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis”, incluídos sob esta última epígrafe os padrões normativos editados pela própria ANATEL, “sujeitará os infratores às seguintes sanções”: advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade. Ao aplicar as sanções, a ANATEL, conforme o art. 176, deve considerar “a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica”.

No termo de compromisso, a instituição financeira assume o compromisso de cessar a prática, corrigir as irregularidades e cumprir as demais condições acordadas, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária. O termo constitui título executivo extrajudicial e não importa em confissão do ilícito, devendo ser publicado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. Durante a vigência do termo, ficam suspensos os prazos de prescrição de que trata a Lei nº 9.873/1999, que estabelece os prazos para a ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. O cumprimento do termo somente produzirá efeitos na esfera de atuação do Banco Central, que deve comunicar ao Ministério Público os ilícitos que detectar, sem prejuízo do dever de atender às requisições que lhe sejam encaminhadas.

No acordo administrativo em processo de supervisão, passível de ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, deve haver confissão do ilícito e efetiva colaboração para a apuração dos fatos, incluindo a identificação dos demais envolvidos, daí resultando a extinção da punibilidade ou a redução das sanções aplicáveis na esfera de atuação do Banco Central. Não há, portanto, reflexos nas demais instâncias de responsabilização. A celebração do acordo, que deve ser publicado no sítio do Banco Central, suspende o prazo prescricional no âmbito administrativo em relação ao agente que o celebrou e, uma vez cumpridos os seus termos, impede a celebração de novo acordo por três anos. Também aqui o Banco Central deve realizar as comunicações devidas ao Ministério Público e atender às requisições que receber.

6. A Consensualidade na Responsabilização Penal

A consensualidade não é uma característica historicamente presente no processo penal brasileiro. Princípios como os da obrigatoriedade e da indisponibilidade são reconhecidos como estruturantes do nosso sistema e sempre auferiram grande prestígio junto à doutrina especializada,³⁴ quadro que permaneceu quase inalterado até o final do século XX.

Em outros Estados de Direito, a consensualidade, em suas distintas feições, que oscilam entre os extremos da mera aceitabilidade de uma proposta inalterável à ampla negociabilidade das possibilidades existentes, tem tido grande aceitação. O

³⁴ Hélio Tornaghi defendia a obrigatoriedade da ação penal com base na fórmula do art. 24 do CPP, que utiliza a expressão “será promovida”. Junto com a “indesistibilidade”, consagrada no art. 42, ao dispor sobre a impossibilidade de o Ministério Público desistir da ação penal, são formas da mesma realidade jurídica, qual seja, a indisponibilidade (*Instituições de Processo Penal*, 2º vol. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 326-327; e *Compêndio de Processo Penal*, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 43-44). Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que a única distinção entre obrigatoriedade e indisponibilidade diz respeito ao momento processual em que incidem: a primeira antes do ajuizamento da ação penal, a segunda depois (*Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.102-105). Marcellus Polastri Lima, com propriedade, ressalta que a obrigatoriedade já se faz presente na fase do inquérito policial, pois, conforme o art. 5º do CPP, “nos crimes de ação penal pública o inquérito será iniciado.”, sendo certo que a indisponibilidade, como determina o art. 576, se estende à fase recursal (*Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 215). Aury Lopes Júnior, por sua vez, lembra que a obrigatoriedade é a antítese dos princípios da oportunidade e da conveniência, não adotados no sistema brasileiro, que permitiriam ao Ministério Público “ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade” (*Direito Processual Penal sua Conformidade Constitucional*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 365).

efeito útil da consensualidade tende a aumentar conforme aumente a eficiência do sistema penal. Nesse caso, haverá evidente estímulo para que o autor do ilícito colabore com as autoridades, afastando o risco de sofrer uma sanção mais severa. Giuseppe Bettiol³⁵ há muito advertira para a necessidade de equilíbrio entre um “direito penal rigorosamente retributivo” e a sua transformação em um “direito premial”, invocando, para tanto, o dito da antiga sabedoria “*in medio stat virtus*” (no meio está a virtude).

Um dos principais exemplos de consensualidade no sistema penal é oferecido pela *plea bargaining* do direito norte-americano, que apresenta variações de Estado para Estado em razão das próprias características da federação. No sistema norte-americano, os Promotores devem avaliar, inicialmente, a conveniência em formular a acusação, que pode mostrar-se inadequada, por exemplo, em razão das características do infrator (v.g.: um idoso ou jovem inexperiente) ou em razão da colaboração com as investigações. Também podem ser invocadas razões de ordem estritamente pragmática, como a existência de casos de maior relevância social que devem ter precedência na apuração. Caso se convençam da necessidade de ser formulada a acusação, podem propor ao indivíduo que aceite, de imediato, a imposição de uma sanção mais branda ou, mesmo, que responda pela prática de uma infração penal menos grave³⁶. Este último mecanismo caracteriza a *plea bargaining*, que produz efeitos em uma relação processual específica e impede a rediscussão do caso a partir de nova acusação. Isto somente é possível a partir da compreensão de que a submissão do indivíduo ao *Grand Jury* é um direito passível de disposição. Nessa perspectiva, o devido processo legal é delineado e aplicado em harmonia com a ordem jurídica, estando suscetível a influxos de consensualidade, de modo que as próprias partes possam delinear o que lhes parece melhor, respectivamente, para o interesse público e o interesse individual.

A *plea bargaining* costuma ser instrumentalizada com o instituto da *guilty plea*, em que o indivíduo confessa sua culpa em troca de uma situação jurídica mais vantajosa na fixação da sanção. Há também o *nolo contendere* (não contender), que pode figurar como requisito do acordo a ser celebrado, em que o réu simplesmente se abstém de litigar, sem reconhecer ou refutar o teor da acusação. A distinção entre os institutos decorre da impossibilidade de advirem os efeitos residuais associados à confissão de culpa, como o registro da efetiva prática da infração penal.

O sistema americano está lastreado na discricção dos Promotores em iniciar, ou não, um caso. Angela J. Davis³⁷ realça que essa discricção é essencial à operação do sistema de justiça criminal, devido à proliferação de leis penais em todos os cinquenta Estados e no plano federal. Em suas palavras: “sem discricção, Promotores poderiam ser levados a realizar acusações criminais em casos em que a maioria das pessoas vê como

³⁵ Dal diritto penale al diritto premiale. In *Scritti giuridici*, T. II. Padova: CEDAM, 1966, p. 949.

³⁶ Françoise Tulkens faz menção à “sentença barganhada”, quando a negociação recai sobre a pena, e à “imputação barganhada”, quando o foco é a imputação. No primeiro caso, tem-se uma “negociação vertical” que evita o julgamento; no segundo, uma “negociação horizontal”, que permanece adstrita à fase inicial da persecução penal (Justiça Negociada. In: DELMAS-MARY, Mirelle Delma. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673 (695).

³⁷ *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 12-15.

frívolos e em casos em que não há evidência ou nos quais falte credibilidade”. Apesar disso, adverte para os riscos de a discricção se transmutar em arbitrariedade, o que ocorre quando o ideal de justiça é preterido pela satisfação das convicções pessoais.

No direito português, o Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987, previu, em seu art. 392 que:

Em caso de crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo.

O Ministério Público deve indicar as sanções propostas e a quantia a ser fixada a título de reparação para a vítima (art. 394, 2), o que pode vir a ser alterado pelo Juiz, com concordância das partes (art. 395, 2). Caso o arguido não se oponha ao requerido pelo Ministério Público, o juiz procede à aplicação da sanção (art. 397, 1); opondo-se, o processo seguirá a forma comum (art. 398, 1).

No direito italiano, o art. 630 do Código Penal prevê hipóteses de redução de pena para o criminoso colaborador em se tratando de crime de extorsão mediante sequestro³⁸. Esse comando inspirou o legislador brasileiro a inserir, no nosso sistema penal, a figura da colaboração, o que ocorreu com a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Já a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, tendo como última modificação aquela introduzida pelo Decreto-lei nº 91, de 24 de junho de 2014, convertido na Lei nº 116, de 11 de agosto de 2014, é conhecida como “*Legge di depenalizzazione*”. Este diploma normativo permitiu a conversão, pelo governo, observados os parâmetros que estabeleceu, de ilícitos penais de pequena lesividade (*reati “bagatellari”*) em ilícitos

³⁸ “Art. 630 - *Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore. In: conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma. I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo.*”

administrativos, sujeitando os infratores a sanções de idêntica natureza jurídica.³⁹ O objetivo, como ressaltado por Napolitano e Piccioni⁴⁰, era o de “*ricuperare la natura di extrema ratio della pena*”.

De modo correlato, a lei italiana previu, em seu art. 16, a possibilidade de pagamento de valor reduzido (“*pagamento de misura redotta*”), fixado na terça parte do máximo da sanção prevista ou, se mais favorável, no dobro do mínimo da sanção, além das despesas processuais, observados os prazos ali previstos. Não realizado o pagamento, a autoridade competente apreciará o caso, incluindo os argumentos defensivos e a prova produzida, concluindo pela aplicação, ou não, da sanção, com a fixação da respectiva dosimetria.

O desenvolvimento da consensualidade nas ordens internas tornou inevitável a sua expansão ao plano internacional. À guisa de ilustração, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, também conhecida como Convenção de Palermo, dispõe sobre a adoção, pelos Estados partes, de medidas que encorajem os participantes de grupos criminosos a colaborar com as autoridades, como a redução de pena e a própria concessão de “imunidade” (art. 26). Técnica similar foi adotada pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a denominada Convenção de Mérida, em seu art. 37.

No direito penal brasileiro, a consensualidade pode ser dividida em (1) *consensualidade de colaboração* e em (2) *consensualidade de pura reprimenda*.

A primeira referência à *consensualidade de colaboração com avaliação judicial* no direito brasileiro, ao menos após a proclamação da República, é encontrada na Lei nº 8.072/1990, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Essa figura foi prevista nos arts. 7º e 8º, parágrafo único, desse diploma legal, logo recebendo a alcunha de “*delação premiada*”.

O art. 7º acresceu um §4º ao art. 159 do Código Penal, de modo que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.” De acordo com o parágrafo único do seu art. 8º, em se tratando de quadrilha ou bando destinado à prática de crimes hediondos, como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

A consensualidade, na Lei nº 8.072/1990, decorre do recebimento de um benefício penal, consistente na redução de pena, a partir do fornecimento de informações que produzirão algum efeito útil, permitindo o restabelecimento da paz social. Além disso, como o benefício será implementado quando da aplicação da pena, será imperativo o seu deferimento pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a presença de uma colaboração que se mostre eficaz.

³⁹ Foram editados, com esse objetivo, em 15 de janeiro de 2016, o Decreto Legislativo nº 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniare civile*) e o Decreto Legislativo nº 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

⁴⁰ *Depenalizzazione e Decriminalizzazione. Analisi ragionata dei Decreti Legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*. Romagna: Maggioli Editore, 2016, p. 21.

Apesar dos limitados contornos semânticos dos preceitos introduzidos pela Lei nº 8.072/1990, estão ali previstos os balizamentos dessa espécie de consensualidade no direito penal. São quatro os balizamentos:

(a) expressa previsão das infrações penais em que a consensualidade é admitida, quer com indicação da tipologia, quer do limite máximo de pena das infrações penais, o que significa dizer que nem o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, nem o Poder Judiciário poderiam escolher livremente quando utilizar a consensualidade;

(b) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis à realização de um fim de interesse público, normalmente associado à persecução penal ou à reparação dos efeitos do ilícito;

(c) efeitos da consensualidade em relação à pena a ser aplicada, que têm sido sensivelmente ampliados com o tempo, principiando pela possibilidade de redução, passando pela substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, sem contar a admissão de cumprimento em regime menos gravoso (v.g.: regime aberto ao invés do fechado), bem como a admissão de concessão do próprio perdão judicial;

(d) imprescindibilidade de apreciação judicial, o que significa dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo indigitado autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.

Apesar de a Lei nº 8.072/1990 ter introduzido um novo flanco de atuação da persecução penal, muitos colocaram em dúvida a higidez ética e pragmática do novo instrumento, alguns argumentando com o não aprofundamento do debate a respeito das consequências que podem “advir da consagração da traição como regra nas relações humanas”,⁴¹ outros com a dificuldade de os delatores sobreviverem no cárcere⁴² e a ausência de um serviço de proteção à testemunha estruturado de forma eficiente, de modo a oferecer um mínimo de segurança à efetivação da delação.⁴³ Críticas à parte, parece-nos que o novo instituto efetivamente contribui para a prevenção geral, já que mantém uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos criminosos, os quais sempre correrão o risco de um dos comparsas, cuja conduta criminosa por si só não atesta um padrão de ética e solidariedade humana, vir a colaborar com as autoridades.

O mesmo norte foi trilhado pelos demais diplomas normativos afetos à temática. Ressalte-se, apenas, que o balizamento (a) foi sensivelmente abrandado pela Lei nº 9.807/1999, que disciplina o sistema de proteção de testemunhas e não estabeleceu qualquer restrição, em seus arts. 13 e 14⁴⁴, a respeito das infrações penais

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei nº 8.072/1990. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 317.

⁴² Cf. JESUS, Damásio E. de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. In: *Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, nº 5, junho de 1993.

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 162-163.

⁴⁴ Eis o teor dos preceitos: “art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

em que a colaboração voluntária, com efeitos benéficos ao réu, pode ser efetivada. Com isso, passamos a ter a coexistência de uma disciplina geral, estabelecida pela Lei nº 9.807/1999, e de disciplinas específicas, somente aplicáveis às infrações penais previstas no respectivo diploma normativo. A análise da Lei nº 9.807/1999 denota que os benefícios ali previstos, o perdão judicial e a redução de um a dois terços da pena, são bem similares àqueles oferecidos pelas leis específicas, o que certamente facilita a colaboração no âmbito do direito penal.

As disciplinas específicas, além do disposto na Lei nº 8.072/1990, estão previstas nos seguintes diplomas normativos: (a) Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6); (b) Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; (c) Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º); e (d) Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41). Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade.

No que diz respeito à *consensualidade de colaboração com homologação judicial*, a primeira referência foi feita pela Lei nº 12.850/2013, que dispôs sobre as organizações criminosas e conferiu detalhada disciplina à denominada “colaboração premiada”.

A colaboração premiada disciplinada pelos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013 preserva, em suas linhas gerais, os balizamentos (a), (b) e (c) da *consensualidade de colaboração com avaliação judicial*. A principal distinção decorre do fato de as partes definirem, *a priori*, não só o alcance da colaboração como os efeitos que dela advirão, submetendo sua deliberação à *homologação judicial*. Em outras palavras, o juiz inicia sua atividade a partir do arquétipo do justo moldado pelas partes, podendo “recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto” (art. 4º, §8º).

Para a realização do interesse público, detalhado nos resultados previstos nos incisos do art. 4º (*v.g.*: prevenção de infrações e recuperação do produto ou do proveito das infrações), há uma ampla margem de liberdade valorativa na estruturação do acordo, subjetivismo que pode se aproximar da linha limítrofe do arbítrio. Alguns operadores têm previsto, por exemplo, cláusulas de êxito, de modo a abater da multa pactuada valor proporcional ao montante recuperado a partir das informações

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”; e “art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

do colaborador. Apesar das críticas de parte da doutrina, que se insurge contra a prática por inexistir lei expressa autorizando-a⁴⁵, parece razoável defender a sua instrumentalidade em relação aos fins a serem alcançados.

A colaboração é admitida nas fases de investigação, tramitação do processo penal e mesmo após a prolação da sentença, sendo sempre aceita a retratação pelas partes, o que impedirá que as provas autoincriminatórias produzidas sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Ainda merece realce a curiosa opção legislativa de inserir o Delegado de Polícia no conceito de “parte”, o que, em rigor lógico, termina por lhe conferir legitimidade processual (anomalia há muito incorporada em nosso sistema com a possibilidade desse agente representar pela decretação da prisão provisória e de outras medidas) e o correlato poder de disposição sobre a acusação (*rectius*: pode representar pelo perdão judicial ainda na fase de inquérito), embora seja o Ministério Público, por imperativo constitucional, o *dominus litis* da ação penal.

O extremo êxito obtido pela colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014 e que desbaratou inúmeras organizações criminosas que atuavam no aparato estatal, todas capitaneadas por agentes públicos do alto escalão, fez surgir uma discussão de singular importância, qual seja: a colaboração premiada pode incursionar na sistemática da Lei nº 8.429/1992? Ou, ainda, é possível utilizar as provas ofertadas pelo colaborador no âmbito penal, em nítida postura de autoincriminação, em sede de improbidade administrativa? Essa temática será objeto de análise em tópico específico.

Vistos os contornos básicos da consensualidade de colaboração, resta analisar a *consensualidade de pura reprimenda*, em que ocorre a imediata aceitação de uma reprimenda, independentemente do fornecimento de qualquer informação útil pelo autor do ilícito, e é largamente utilizada em outros sistemas jurídicos, com especial realce para o norte-americano. Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração. Essa espécie de consensualidade, é importante frisar, assume contornos de exceção, somente sendo encontrada em dois diplomas normativos do direito sancionador brasileiro: as Leis nº 9.099/1995 e nº 10.259/2011, que veremos a seguir.

O grande marco dessa espécie de consensualidade, verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, foi alcançado com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que regulamentou o disposto no art. 98, I, da Constituição da República e disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais. Ali foi prevista a aplicação, às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas, após o advento da Lei nº 11.313/2006, as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos de prisão, do instituto da composição civil (art. 74), ajuste estabelecido entre o autor do fato e a vítima que importa em renúncia tácita, por esta última, à ação penal privada e à ação penal pública condicionada à representação; e da transação penal (art. 76),

⁴⁵ Cf. DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan e BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93 e ss.

acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato no qual este último aceita a imediata imposição de multa ou de pena restritiva de direitos sem que, para tanto, sequer tenha sido oferecida a respectiva denúncia,⁴⁶ acrescentando que a medida não está associada ao reconhecimento de culpa ou pressupõe condenação. Além disso, previu a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89), nas hipóteses em que a pena cominada não seja superior a 2 (dois) anos de prisão, a partir de um ajuste firmado entre o Ministério Público e o réu. No mesmo sentido, dispôs a Lei nº 10.259/2011, que disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, sendo posteriormente modificada pela Lei nº 11.313/2006.

Por fim, ainda merece referência a consensualidade sem que o Judiciário aprecie os termos do ajuste, introduzida no sistema brasileiro via regulamento, mais especificamente pelo art. 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro de 2017. Esse preceito disciplinou o denominado “acordo de não persecução penal”, celebrado pelo Ministério Público com o investigado e seu advogado, o qual, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Trata-se de faculdade da Instituição, não de direito subjetivo do réu. Sua celebração exige que o investigado confesse a prática da infração penal, indique provas de seu cometimento e ainda cumpra, conforme os termos do acordo, de forma cumulativa, ou não, os seguintes requisitos:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

É intuitivo que deve existir uma relação de proporcionalidade entre esses requisitos e a natureza da infração.

⁴⁶ Na sistemática da Lei nº 9.605/1998, a transação, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deve ser antecedida de prévia reparação do dano ambiental, conforme dispõe o seu art. 27.

Não é admitida a celebração do acordo quando:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade avança em seara estranha à consensualidade até então adotada no sistema penal brasileiro, que jamais prescindiu da homologação do Poder Judiciário. Embora não sejam aplicadas verdadeiras penas, pois o acordo é celebrado e cumprido durante a fase de investigação, somente chegando ao conhecimento do Poder Judiciário com a promoção de arquivamento, há reflexos diretos e incisivos na persecução penal, reflexos estes que, consoante a legislação vigente, sempre estiveram sujeitos ao crivo do Judiciário. Na sistemática da Resolução, restará ao juízo competente analisar a promoção de arquivamento, e, caso entenda que o acordo é ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não são suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que pode insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passa do Poder judiciário ao Ministério Público. O investigado, ademais, pode cumprir o acordo e ainda ser processado caso o juízo competente rejeite o arquivamento e o Procurador-Geral determine o oferecimento de denúncia. Há, ainda, o risco de a vítima ajuizar a ação penal subsidiária da pública, alicerçada no art. 5º, LIX, da Constituição de 1988, isso sob o argumento de que a lei processual não ampara a “suspensão” do juízo valorativo do Ministério Público até que o acordo seja cumprido.

Apesar de serem louváveis os objetivos do acordo, é factível que o art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 avança em demasia em seara afeta à lei processual penal, o que atrai a competência legislativa privativa da União (CR/1988, art. 24, I), com a necessária participação do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*). Entender que a edição dessa espécie de norma, por um colegiado destituído de legitimidade democrática, seria possível pelo fato de o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público estar lastreado diretamente na Constituição, sendo um “*poder normativo primário*”, é romper as áreas do inusitado, máxime por estarmos perante um comando que terá reflexos diretos na esfera jurídica individual.

7. A Consensualidade na Responsabilização Cível

A responsabilização cível tem sido historicamente vista como mecanismo de reparação ou de mera recomposição, permitindo o retorno de determinada situação fática ou jurídica ao *status quo*. Sob esta ótica, é possível falarmos de um direito

sancionador extrapenal de natureza judicial, cuja funcionalidade básica não é a de restringir a esfera jurídica individual, o que permite que se lhe atribuam contornos cíveis *stricto sensu*, e de um direito semelhante direcionado à restrição dessa esfera, assumindo contornos cíveis *lato sensu*.

A consensualidade tem sido aceita, sem maiores insurgências, em relação à primeira dessas figuras, sendo há muito utilizado, na realidade brasileira, o termo de ajustamento de conduta. Quanto à imposição de sanções de natureza extrapenal, por um órgão jurisdicional, observa-se que os debates têm sido mais intensos e apaixonados. Afinal, após o advento da Lei nº 12.850/2013, que introduziu um aprimorado sistema de colaboração premiada em nossa ordem jurídica, desbaratando inúmeras organizações criminosas que atuavam no interior do próprio aparato estatal, foram vigorosas as vozes que buscaram transplantá-lo para a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Nos próximos itens, analisaremos o potencial de incidência da consensualidade nas instâncias de responsabilização cível, incluindo a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), que conta com previsão expressa a esse respeito. O objetivo é verificar se essa consensualidade ficará adstrita à cessação de uma prática ilícita ou ao aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, ou se poderá avançar nessa seara, o que pode ocorrer sob a roupagem da consensualidade de colaboração ou da consensualidade de pura reprimenda.

7.1. A Experiência com o Compromisso de Ajustamento de Conduta no Âmbito da Tutela Coletiva

A Lei nº 7.347/1985, grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Somente com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o previu em seu art. 211, é que ocorreu a sua introdução no direito brasileiro. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um §6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985,⁴⁷ o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos.

O compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico celebrado, de um lado, por uma estrutura estatal de poder, cognominada de órgão público pelo

⁴⁷ O curioso é que o Presidente da República sancionou a Lei nº 8.069/1990, incluindo o seu art. 211, e poucos meses depois vetou o §3º do art. 82 da Lei nº 8.078/1990, que previa o compromisso de ajustamento de conduta para a defesa dos interesses transindividuais dos consumidores, sob o argumento de que esse compromisso não poderia configurar título executivo extrajudicial. Afinal, não visava à entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixa, mas, sim, à cessação ou à prática de determinada conduta. A tese, à época, não era propriamente absurda, em razão da resistência a que obrigações de fazer pudessem figurar em títulos executivos extrajudiciais. Apesar disso, o Chefe do Poder Executivo não vetou o art. 113 da Lei nº 8.078/1990, que introduziu o referido compromisso na Lei nº 7.347/1985, o que, por força do art. 90 da Lei nº 8.078/1990 (“Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”), tornou-o aplicável à proteção dos consumidores. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, jan.-mar./2006, p. 93 e ss.

§6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos públicos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados à propositura de ações coletivas (v.g.: o Procon na defesa do consumidor), e, de outro, o violador, atual ou iminente, de interesses transindividuais. A referência a órgão público denota que organizações da sociedade civil, qualquer que seja a sua natureza jurídica, não podem instar o violador a celebrá-lo.

Questão controversa diz respeito à possibilidade, ou não, de entes da Administração Pública indireta celebrarem ajustes dessa natureza.

Não precisam ser realçadas as dificuldades hermenêuticas que a expressão órgãos públicos traz consigo. Em rigor lógico, são centros de competências administrativas, destituídos de personalidade jurídica, que congregam agentes públicos responsáveis pelo exercício das respectivas competências. A prevalecer esse conceito, sequer os entes federativos poderiam celebrar os ajustes, já que, por terem personalidade jurídica, seriam um *plus* em relação ao mero órgão. É fácil perceber que interpretações extremadas como essa não conduziram a resultados satisfatórios.

A interpretação que conduz a resultados mais razoáveis parece ser a que associa o caráter *público* do órgão ao fato de ser ou estar integrado a uma estrutura estatal de poder, não à personalidade jurídica de direito público da respectiva estrutura estatal de poder ou, no caso de órgão despersonalizado (v.g.: Procon),⁴⁸ à personalidade jurídica da mesma estrutura em que inserido. Com isso, assegura-se a paridade entre os órgãos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, elencados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e aqueles legitimados à celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Portanto, deve ser admitida a celebração do ajuste por todos os entes da Administração Pública indireta, quer tenham personalidade jurídica de direito público, quer de direito privado.⁴⁹ Especificamente em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, tal não importará em qualquer tratamento privilegiado a esses entes, com a possível afronta ao disposto no art. 173, §1º, II, da Constituição da República, que estabelece a sua sujeição ao mesmo regime jurídico das sociedades empresárias de direito privado. Afinal, estas últimas não têm legitimidade para a tutela dos interesses transindividuais. Na medida em que empresas públicas e sociedades de economia mista são ontologicamente distintas das associações, quer no plano da constituição, quer no da funcionalidade, não há qualquer incongruência na exclusão destas últimas.

⁴⁸ A Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente, autorizou, em seu art. 79-A, que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA celebrem termo de compromisso.

⁴⁹ Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328; e BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005, p. 96 e ss.

A exemplo dos demais negócios jurídicos, o compromisso de ajustamento de conduta deve preencher os requisitos de validade.⁵⁰ As partes devem ser capazes, de modo a exteriorizar livremente a sua vontade, sem qualquer vício de consentimento. A forma, em linha de princípio, é livre, o que não afasta a possibilidade de os órgãos públicos estabelecerem diretrizes internas a respeito de sua estrutura básica. O objeto deve ser lícito, exigindo que as obrigações assumidas ajustem-se à legislação de regência. Sob essa ótica, deve ser utilizado como paradigma o provimento jurisdicional passível de ser obtido ao fim da ação civil pública. Portanto, consoante o art. 3º da Lei nº 7.347/1985, podem ser pactuadas obrigações de dar, ressaltando-se que o numerário obtido deve ser endereçado ao fundo referido no art. 13,⁵¹ fazer ou não fazer.⁵² Além disso, as obrigações assumidas devem ser líquidas, de modo a não comprometer a sua eficácia, e deve ser cominada multa para a hipótese de inadimplemento.

O compromisso, ademais, deve ser reduzido a termo, dispensa a assinatura de testemunhas e não carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia. Essa eficácia, é importante frisar, surge tão logo o termo, formal e materialmente hígido, é firmado. Em se tratando de compromisso firmado pelo Ministério Público, nos autos de inquérito civil, o seu integral cumprimento ensejará a formulação da promoção de arquivamento, pelo órgão de execução com atribuição, a ser apreciada pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.347/1985. Note-se que a sistemática legal somente permite a deflagração desse instrumento de controle interno com o esgotamento das diligências investigativas e a decisão de não se ajuizar a ação civil pública. Trata-se, portanto, da fiscalização do *non facere*. Em rigor lógico, não compete ao Conselho fiscalizar o *facere*, presente na expedição de recomendação, na celebração de termo de compromisso ou no ajuizamento de ação civil pública. Apesar dessa constatação, não tem sido incomum, em alguns Estados da Federação, a inserção de cláusula, no termo de compromisso, condicionando a sua eficácia à prévia homologação pelo Conselho Superior, o que, aliás, foi expressamente previsto no parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, que veiculou a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. Essa sistemática, conquanto benéfica ao outro pactuante, pois afasta o risco de o colegiado entender que o termo não protegeu a contento o interesse transindividual tutelado, não encontra ressonância na Lei nº 7.347/1985.

⁵⁰ Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 457.

⁵¹ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi inicialmente regulamentado pelo Decreto nº 92.302/1986, alterado pelo Decreto nº 96.617/1988 e posteriormente revogado pelo Decreto nº 1.306/1994. A Lei nº 9.008/1995 criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/1985, e dispôs sobre a origem das receitas do fundo e suas finalidades. Entre as fontes de receitas previstas no art. 2º da Lei nº 9.008/1995, não há referência expressa àquelas associadas aos compromissos de ajustamento de conduta. Apesar disso, a doutrina, corretamente, tem se posicionado nesse sentido. Afinal, a funcionalidade dessas receitas há de ser a mesma daquelas decorrentes de condenação judicial, daí a razão de convergirem para o mesmo Fundo. Vide: MILARÉ, Édís; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, abr.-jun./2005, p. 9 e ss.

⁵² O STJ considerou ilegal o termo de ajustamento de conduta em que foi pactuada obrigação de dar diversa da entrega de recursos ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/1985: 1ª T., REsp nº 802.060/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/12/2009, DJe de 22/02/2010.

O compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de modo que qualquer legitimado pode promover a execução forçada, conforme os arts. 778 e 784, XII, do CPC/2015. Diz-se qualquer legitimado por uma razão bem simples: não há vínculo de titularidade entre o legitimado que celebrou o termo de compromisso e o direito material tutelado.

A grande importância desse compromisso reside em evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas a partir da convergência de vontades dos próprios pactuantes. A solução assim obtida tende a ser mais célere e menos traumática para todos, máxime para o violador do direito transindividual, que pode ter, entre outras vantagens, prazos mais compatíveis com a sua realidade para o cumprimento da obrigação. Foi justamente essa constatação que conduziu à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, possibilitando seja alcançado o mesmo resultado útil por instrumento diverso. A busca por esse resultado útil, ainda que trilhada por percursos distintos, é direcionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse.

É muito difundida a tese de que o compromisso de ajustamento de conduta não tem a natureza jurídica de transação, já que os órgãos públicos não poderiam transigir com aspectos materiais do interesse público, de feição reconhecidamente indisponível.⁵³ Essa conclusão, aliás, encontra aparente amparo no disposto no art. 841 do Código Civil de 2002, segundo o qual “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.⁵⁴ O raciocínio, no entanto, somente se mostra correto se adotarmos como paradigma de análise o modelo de transação plena, não o modelo híbrido.

Tanto a submissão como a transação plena consubstanciam negócios jurídicos que pressupõem, por óbvio, a convergência de vontades. A questão que se põe é saber se o objeto desse negócio é integralmente moldado por uma estrutura estatal de poder, ao qual o violador, atual ou iminente, do direito transindividual limita-se a aderir ou se este último pode efetivamente participar do delineamento de alguma de suas cláusulas. A nosso ver, essa participação é perfeitamente possível, máxime quando divergências pontuais, como o prazo de cumprimento da obrigação, o número de vezes que uma publicação deve ser veiculada na imprensa ou o valor da multa fixada geram alguma divergência.

Portanto, é perfeitamente possível nos depararmos com verdadeira transação em relação a aspectos periféricos ao direito material lesado, ensejando o surgimento de obrigações jurídicas acessórias para o pactuante.⁵⁵ No que diz respeito ao direito

⁵³ Nesse sentido: MAZZILLI. *Compromisso...*, p. 93 e ss. Em sentido contrário: BUGALHO. *Instrumentos...*, p. 96 e ss.

⁵⁴ Néelson Roberto Bugalho alerta que a impossibilidade de serem realizadas concessões que possam comprometer a integridade do bem jurídico tutelado não afasta a necessidade de serem protegidos outros bens e valores de indiscutível relevância para a coletividade (*Instrumentos...*, p. 96 e ss.). É o que ocorre, por exemplo, na tensão dialética entre proteção ao meio ambiente e geração de empregos. Portanto, sem tergiversar na proteção ao interesse transindividual, as medidas a serem adotadas devem gerar a menor lesividade possível a outros interesses de indiscutível relevância.

⁵⁵ Nesse sentido: MILARÉ, SETZER e CASTANHO. *O Compromisso...*, p. 9 e ss.

material, prevalece, ao menos no plano conceitual, a submissão. Fala-se em plano conceitual por uma razão muito simples: o órgão público deveria limitar-se a identificar o direito material e a definir as obrigações a serem cumpridas para a sua plena efetividade, não restando ao outro pactuante qualquer opção senão submeter-se. Ocorre que essa pureza conceitual nem sempre se projeta na realidade. O órgão público, em verdade, realiza um juízo valorativo a respeito do direito material a ser protegido e das obrigações a serem cumpridas. Conceitualmente, não há disposição do interesse; faticamente, é possível que o juízo valorativo realizado produza esse efeito de maneira indireta. Para tanto, basta que, propositadamente ou não, sejam realizadas avaliações distorcidas desses fatores, com ou sem a influência do outro pactuante.

O termo, assim, assume feição híbrida: no que diz respeito ao direito material, atua como mero ato de reconhecimento de uma obrigação preexistente e que pode vir a ser reconhecida por sentença judicial (v.g.: o dever jurídico de reflorestar uma área, de cessar uma prática comercial abusiva etc.), quanto aos aspectos periféricos, consubstancia verdadeira transação.

Caso outro colegitimado entenda que o termo de compromisso não se mostra suficiente à proteção dos interesses transindividuais, é possível venha a requerer em juízo as medidas que, em sua visão, sejam necessárias à tutela desses interesses.⁵⁶ Se o termo afrontá-los, ao invés de protegê-los, pode pleitear a sua própria anulação, o que pressupõe a demonstração de um vício de juridicidade no negócio jurídico. Apesar de o celebrante do termo atuar como substituto processual, o que autorizaria o entendimento de que os efeitos dos seus atos se estenderiam aos demais substitutos em potencial, a hipótese comporta reflexões suplementares. Como é reconhecida, em relação aos órgãos públicos, a legitimidade concorrente para a celebração do termo e para a propositura da ação, ao que se soma a constatação de que a *ratio* dessa atuação é preservar o interesse social, não nos parece adequado permitir que termos circundados de atecnia ou mesmo de má-fé possam transmutar em disponível aquilo que, em essência, é indisponível. Entendimento contrário, ademais, permitiria fossem afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesões de monta a direitos de indiscutível importância para o organismo social⁵⁷.

Não se admite, no entanto, que o objetivo de retirar a eficácia do termo de compromisso de ajustamento de conduta seja alcançado de maneira indireta, por outro legitimado, com a assinatura de termo distinto, com conteúdo diverso do anterior.

A funcionalidade do termo de compromisso de conduta, como se disse, é a de evitar a violação ou recompor o bem jurídico tutelado. O seu objetivo não é propriamente o de reduzir a esfera jurídica individual, o que denota profunda distinção

⁵⁶ O CPC/2015, em seu art. 785, admite, expressamente, a opção pelo processo de conhecimento quando a parte já dispuser do título executivo extrajudicial. Não haverá que se falar, portanto, em falta de interesse processual, como já defendido (vide: MAZZILLI. *Compromisso...*, p. 93 e ss.).

⁵⁷ Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 265.300/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 21/09/2006, DJ de 02/10/2006. Esse Tribunal, aliás, já entendeu ser possível o ajuizamento de ação popular para impugnar acordo judicial, celebrado pelo Ministério Público no curso de ação civil pública, que se entendeu lesivo ao patrimônio público: 1ª T., REsp. nº 450.431/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/09/2003, DJU de 20/10/2003.

em relação à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda afeta ao direito sancionador propriamente dito. Essa premissa certamente facilita a compreensão do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, que autoriza o ajuizamento da ação popular, por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, e do art. 1º, VIII, da 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 13.004/2014, segundo o qual “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados “ao patrimônio público e social”. Essa responsabilização, como é intuitivo, é a *cível stricto sensu*, calcada no referencial de reparação; não a *cível lato sensu*, afeta ao direito sancionador extrapenal judicial *cível lato sensu*. Portanto, apesar de o termo de ajustamento de conduta estar previsto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, ele não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Se o objetivo de algum operador do direito for utilizá-lo, fá-lo-á com base em norma diversa que não essa.

Apesar disso, ainda que o termo de ajustamento não possa incursionar no direito sancionador propriamente dito, é perfeitamente defensável a tese de que pode adentrar na seara da reparação ou da recomposição, ainda que seja formalmente cognominada de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com a reparação do dano e a perda de bens ou valores adquiridos ilícitamente. Como o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre das medidas (*rectius*: sanções propriamente ditas) que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada.

7.2. A Consensualidade no Âmbito da Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas

A Lei nº 12.846/2013 dispôs sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e *cível*, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Esse diploma normativo estatuiu, em seu art. 5º, uma unidade de tipologia, que seria aplicada indistintamente nas duas esferas de responsabilização, daí decorrendo, conforme o caso, a aplicação de sanções administrativas ou de sanções *cíveis*, estas últimas aplicáveis por um juiz, sem prejuízo daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992.

Além de detalhar sujeitos, tipologia, sanções e o processo administrativo e judicial, a Lei nº 12.846/2013 também dispôs, em seu art. 16, sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, podendo ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Essa competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é concentrada no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, que sucedeu à Controladoria-Geral da União, o mesmo ocorrendo em relação aos atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. O objetivo é o de suavizar as consequências do ilícito em razão da colaboração do respectivo autor.

Os contornos gerais desse acordo se ajustam ao modelo de consensualidade de colaboração e se projetarão no plano administrativo, isentando a pessoa jurídica da

sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e reduzindo em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, e no plano jurisdicional, afastando a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Os efeitos do acordo serão estendidos às pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas, mas não eximem o celebrante da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Na literalidade do art. 16, §1º, I, da Lei nº 12.846/2013, o acordo somente será celebrado caso “a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”, comando similar ao adotado na Lei nº 12.529/2011, que versa sobre as infrações contra a ordem econômica e é precipuamente direcionada ao combate aos cartéis. Portanto, as demais pessoas jurídicas envolvidas no ilícito não poderiam celebrar acordo similar. Apesar dessa constatação, não deve ser afastada a possibilidade de, à luz das circunstâncias do caso concreto, outras pessoas jurídicas serem beneficiadas pelo acordo, desde que contribuam para a elucidação de fatos diversos, estranhos ao ajuste inicial. Ainda que outras pessoas jurídicas possam celebrar o acordo, é evidente que as informações posteriores tendem a ostentar menor importância que as antecedentes, daí a maior probabilidade de somente os primeiros interessados celebrarem o acordo de leniência.

Acresça-se que o acordo de leniência não alcançará as pessoas naturais, o que significa dizer que controladores, sócios e dirigentes continuarão passíveis de responsabilização, em especial na seara penal. Para esses agentes, seria sempre de bom alvitre tentar uma negociação conjunta, cientificando o Ministério Público com atribuição para possível ajuste de colaboração premiada no âmbito penal.

A Lei nº 12.846/2013 também autorizou, em seu art. 17, que a Administração Pública celebrasse acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática dos ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

A limitação dos efeitos do acordo de leniência ao processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades com base na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013, bem como ao processo judicial voltado à aplicação das sanções previstas neste último diploma legal, indica uma opção consciente de não estendê-lo a outras esferas de responsabilização. Esse aspecto torna-se bem nítido ao observarmos o teor do art. 30, I, da Lei nº 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas neste diploma legal “não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes” de “ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992”.

Ressalte-se inexistir óbice a que o acordo de leniência celebrado no processo administrativo venha a produzir efeitos favoráveis à pessoa jurídica em outras instâncias de responsabilização. É imperativo, no entanto, sejam observados os balizamentos estabelecidos em lei. No âmbito da improbidade administrativa, por

exemplo, embora seja vedada a celebração de acordos, aqueles que venham a ser formados em outra seara podem influir na individualização da sanção a ser aplicada, por caracterizarem uma circunstância atenuante não escrita favorável à pessoa jurídica. O mesmo ocorrerá nas demais instâncias de responsabilização. Não é por outra razão que a doutrina tem ressaltado a necessidade de serem incluídos impactos penais no acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013⁵⁸. Sob a égide da Medida Provisória nº 703/2016, que alterou este último diploma legal, mas perdeu sua eficácia por não ter sido convertida em lei, alguns⁵⁹ defenderam a possibilidade de os acordos de leniência, caso contassem com a participação do Ministério Público, virem a incursionar inclusive na seara penal, de modo que um único instrumento alcançasse mais de uma instância de responsabilização.

Apesar de a Lei nº 12.846/2013 somente fazer menção à celebração do acordo de leniência pela Administração Pública, é argumentativamente defensável a tese de que o Ministério Público também poderia celebrá-lo. A uma, o acordo de leniência tem como efeito afastar a aplicação de uma das sanções passíveis de serem aplicadas no processo judicial, aquela prevista no art. 19, IV, sendo o Ministério Público um dos legitimados ao ajuizamento da ação civil. A duas, como é possível a aplicação, no processo judicial, das sanções administrativas previstas no art. 6º, se houver omissão da autoridade competente para promover a responsabilização administrativa, conforme prevê o art. 20, nada impediria que o Ministério Público celebrasse o acordo com o objetivo de obter informações úteis à persecução do ilícito. A três, a celebração do acordo é perfeitamente compatível com as funções institucionais do Ministério Público, instrumentalizando-as. Apesar disso, parece-nos que essa possibilidade assumirá contornos subsidiários. Afinal, os principais efeitos do acordo se apresentam no plano administrativo, com a redução de uma sanção, a multa, e a supressão de outra, a publicação extraordinária da decisão, e o Ministério Público não poderia impedir, com a sua iniciativa, a instauração do processo administrativo pela autoridade competente. Outro aspecto digno de nota é o de que o Ministério Público não poderia simplesmente utilizar o invólucro cognominado de “acordo de leniência” e atribuir-lhe qualquer conteúdo. O conteúdo há de ser, sempre e sempre, aquele previsto em lei.

7.3. A Consensualidade no Âmbito da Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/1992, como tivemos oportunidade de afirmar⁶⁰, pode ser considerada um diploma de inegável singularidade sob múltiplos aspectos: (1) foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro Chefe de

⁵⁸ DE MORAIS e BONACCORSI. A colaboração por meio do acordo de leniência... In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93 e ss.

⁵⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência – evolução do instituto na legislação brasileira p abrangência, legalidade e atualidade da Med. Prov. 703/2015 – parecer. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 967, maio/2016, p. 367 e ss.

⁶⁰ O Combate à Corrupção no Brasil: a Responsabilidade Ética e Moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação, in: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 10, julho/dezembro de 2007, p. 383 e ss; e *Improbidade Administrativa...*, p. 620 e ss.

Estado brasileiro a ser afastado do cargo num processo de *impeachment*; (2) alcança todo agente que mantenha contato com o dinheiro público, ainda que sua atividade seja estritamente privada, bem como os detentores de mandato eletivo, classe política tradicionalmente imune a qualquer sancionamento (art. 2º); e (3) coexiste com as demais esferas de responsabilização (penal, administrativa, cível e política), permitindo que um juiz com competência cível aplique as severas penalidades que comina.

São quatro as espécies de atos de improbidade: aqueles que geram o enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), causam dano ao patrimônio público (art. 10), importam em concessão indevida de benefício financeiro ou tributário que diminua a arrecadação do imposto sobre serviços de qualquer natureza (art. 10-A)⁶¹ ou afrontem os princípios regentes da atividade estatal (art. 11). A prática de qualquer desses atos sujeitará o agente público e os terceiros com ele conluídos às sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

De acordo com o art. 12, a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta última,⁶² alicerçando-se tal concepção nos seguintes argumentos:

⁶¹ Essa espécie de ato de improbidade está previsto no art. 10-A da Lei nº 8.429/1992, introduzido pela Lei Complementar nº 157/2016, com entrada em vigor em 31 de dezembro de 2017.

⁶² No mesmo sentido: NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 26; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52; SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 192; MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade*. Comentários e Anotações Jurisprudenciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 3; OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Observações sobre a Lei nº 9.429/1992. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 217-224; PAZAGLINI FILHO, Marino *et alii*. *Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 135; PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 115; DOS SANTOS, Carlos Frederico Brito. *Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação Complementar*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255; DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211; FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 370; DE CASTRO, José Nilo. Improbidade Administrativa Municipal. In: *Caderno de Direito Municipal* nº 8/2000, p. 82; COMPARATO, Fábio Konder. Ações de Improbidade Administrativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público* nº 26, p. 153. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 179; TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discrecionalidade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 134-136; *Idem*. A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 227, p. 253; ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância. In: *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei nº 8.429/1992, org. por José Adércio Leite Sampaio *et alii*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 462-466; TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 75; DE TOLOSA FILHO, Benedicto. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42-46 e 134.

a) o art. 37, §4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”;

b) ao regulamentar o comando constitucional, dispôs o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, ante o emprego do advérbio de modo “notadamente”, têm caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal,⁶³ segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo “pena” no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a “inquérito policial”, constante do art. 22 da Lei nº 8.429/1992, também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/1985, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, ressalvadas as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

Identificada a natureza cível do ilícito, resta evidente que não poderá ser utilizada a disciplina geral da consensualidade de colaboração prevista nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999, direcionada que é à seara criminal. O mesmo ocorre em relação à consensualidade de reprimenda prevista na legislação dos juizados especiais⁶⁴.

Ainda que o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema. Explica-se: a existência de instâncias independentes não permite

⁶³ CR/1988, art. 5º, XXXIX.

⁶⁴ A favor, *de lege ferenda*, da utilização do instituto da transação para os atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, *vide*: ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 911-914.

que requisitos, instrumentos e consequências afetas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um “diálogo”, seria verdadeira “violência sistêmica”, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. Nesse caso, o novo “sistema”, se é que podemos cognominá-lo como tal, seria criado *ab ovo* pelo intérprete⁶⁵.

É relevante observar que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade) veda, expressamente, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações que visem a responsabilizar os agentes públicos pelos atos de improbidade que tenham praticado, mas não impede a assinatura de termos de ajustamento de conduta. Não se deve confundir a medida que busque elidir a aplicação das sanções a que está sujeito o agente, o que é terminantemente proibido, com aquela que persiga a adequação do comportamento do agente público à ordem jurídica, impedindo ou evitando que novos ilícitos sejam praticados ou, mesmo, combatendo os seus efeitos. Esta última providência, como é fácil constatar, em nada comprometerá a efetividade da sanção cominada na norma, não sendo alcançada pela *ratio* da vedação ora analisada. Não vislumbramos, inclusive, qualquer impossibilidade de que a forma em que se dará a reparação do dano ou à perda dos bens adquiridos ilícitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta, pois tal não importará em qualquer óbice à aplicação das demais sanções cominadas na Lei nº 8.429/1992.

A utilização do instituto da colaboração no âmbito da Lei nº 8.429/1992 procura ser justificada por alguns com base no argumento de que ele não apresenta qualquer correlação com os referenciais de transação, acordo ou conciliação, estes sim vedados pelo art. 17, §1º, do referido diploma legal. Com isso, seria possível utilizá-lo com base na analogia, autorizada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Civil brasileiro, segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Contra essa tese existem basicamente três objeções: (a) diversamente da omissão, há vedação expressa, já que, ontologicamente, a consensualidade pode ter a natureza jurídica de verdadeiro acordo (a exceção fica por conta da colaboração do autor do ilícito com as autoridades, com o posterior reconhecimento da utilidade das informações, pelo Poder Judiciário, daí decorrendo a obtenção de algum benefício), o que é vedado pelo art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992; (b) os órgãos públicos agem com amparo no princípio da legalidade, o que significa dizer que não podem atuar contra ou à margem da lei; (e) o poder de disposição dos órgãos envolvidos na persecução dos ilícitos praticados consubstancia exceção à regra geral da obrigatoriedade, que se desprende do dever de agir nela previsto.

A existência da vedação contida no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 configura obstáculo de difícil superação. Afinal, a única forma de superá-lo seria reconhecer a presença de um conflito com outra norma do sistema, superior ou posterior, daí

⁶⁵ Também se posicionando em sentido contrário à utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa, mas admitindo a utilização dos elementos probatórios obtidos em outras instâncias de responsabilização, *vide*: ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...*, p. 914-916.

decorrendo a revogação dessa vedação⁶⁶. Ocorre que tal antinomia ou contradição normativa simplesmente não existe. E mesmo que a revogação tivesse ocorrido, ainda teríamos de superar a inexistência de qualquer balizamento procedimental para a aplicação das sanções.

Há quem procure sustentar a revogação com base no §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que tem a seguinte redação: “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”. Argumentam os artífices da tese o seguinte: ora, se o órgão jurisdicional perante o qual tramita a ação civil por ato de improbidade, cuja matéria discutida é objeto de um litígio, deve anuir à conciliação, é evidente que o acordo é possível nessa seara, não mais subsistindo a vedação do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992! O que esquecem de dizer, em primeiro lugar, é que o litígio envolve entes da Administração Pública Federal. Aliás, o título da respectiva Seção é bem sugestivo: “dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações”. E mais sugestivo ainda é o capítulo em que inserido: “da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”. Portanto, não se trata, em hipótese alguma, de permissivo para a autocomposição entre o agente público e o ente legitimado ao ajuizamento da ação civil por ato de improbidade. O segundo e mais importante aspecto é o de que a autocomposição não versará sobre a instância de responsabilização cível prevista na Lei nº 8.429/1992, mas, sim, sobre a base fática da qual surgiu o litígio entre entes da Administração Pública e que permitiu o enquadramento do agente público na referida Lei. Caso essa base fática sofra alterações, nada mais natural que gere reflexos no sistema de responsabilização. Se a base fática sofre alterações (*v.g.*: com redução do montante estimado do dano causado por um ente público a outro), deve o juízo que julgará o agente público anuir com a sua alteração voluntária posterior, pois dela podem decorrer reflexos necessários na reparação do dano e na perda de bens e valores. Por fim, é desconsiderado que a própria Lei nº 13.140/2015 deixa expresso, no §3º do art. 36, que “a composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar”. À luz deste preceito, pergunta-se: será que somente a infração disciplinar, julgada pela própria Administração Pública, permanecerá hígida, não o ato de improbidade a ser apreciado pelo Poder Judiciário?

A autocomposição de que trata a Lei nº 13.140/2015 somente alcança a esfera cível *stricto sensu*, afeta à reparação e à recomposição, não o direito sancionador

⁶⁶ Mesmo aqueles que advogam a contemporânea mitigação do princípio da legalidade administrativa ou “vinculação negativa à lei formal”, de modo a permitir a incidência da consensualidade, no direito sancionador, mesmo que inexistam norma legal específica autorizando-a, mas apenas norma infralegal, editada pela própria Administração, ressalvam os “casos de expressa proibição legal, como se verifica com a lei de improbidade administrativa”. *Cf.* DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 273.

propriamente dito. Ainda é importante lembrar que, a prevalecer a tese contrária, o agente público não sofrerá sanção alguma, pois a conciliação a que se refere o §4º do art. 36 está relacionada à existência e ao eventual valor do direito, não guardando qualquer relação com a consensualidade de pura reprimenda.

Portanto, o que se verifica na vedação contida no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 é a presença de uma contradição axiológica, que não se confunde com a antinomia:⁶⁷ enquanto a primeira é o resultado de um (errôneo) juízo político-valorativo que culminou com a elaboração da disposição normativa objeto de interpretação, a segunda reflete um defeito lógico situado no plano do dever ser. No âmbito do direito sancionador, as contradições axiológicas se manifestam quando, a juízo do intérprete, as opções políticas do legislador mostram-se equivocadas, refletindo falta de coerência ou desequilíbrio na valoração realizada, com a cominação, por exemplo, de penas mais severas a ilícitos que gerem menor percepção de injustiça no ambiente social. À guisa de ilustração, pode ser mencionada a situação dos árbitros, cuja atividade é disciplinada pela Lei nº 9.307/1997. Apesar de suas decisões terem a natureza de título executivo judicial (art. 31) e de serem equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 17), não são alcançados pela Lei nº 8.429/1992, pois não se enquadram no conceito de agente público previsto em seu art. 2º. Afinal, não mantêm nenhum tipo de vínculo com a Administração Pública ou com entes que recebam recursos públicos. Apesar da contradição axiológica, a impossibilidade de os árbitros serem processados com base na Lei nº 8.429/1992, mesmo que sejam corrompidos no exercício da função, é manifesta.

Ainda que o comando do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 fosse revogado, o que chegou a ser feito pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que perdeu a sua eficácia por não ter sido convertida em lei, não seria possível alcançar a conclusão de que a consensualidade de colaboração ou a consensualidade de reprimenda passaram a ser admitidas nessa seara. No âmbito do direito sancionador brasileiro, a omissão ou vazio normativo, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, termina por atribuir-lhe a característica de verdadeiro “silêncio eloquente”⁶⁸. Trata-se de mera inferência lógica a partir dos papéis desempenhados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, que figuram como pilares na persecução de ilícitos no sistema brasileiro. Nesse caso, a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão.

⁶⁷ Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 278.

⁶⁸ A temática do “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: na interpretação bíblica (vide Jürgen Ebach. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014); na arte (vide Stefan Greif. *Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dichter*. Deutschland: Fink, 1999); na técnica literária (vide Uwe Ruberg. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978); e Stefan Krammer. *“redest nicht von Schweigen...” zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Köngshansen & Neumann, 2003, principalmente p. 31 e ss.); no Direito (Stefhan Madaus. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, principalmente p. 248 e ss.) etc.

Talvez a grande exceção à constatação anterior seja oferecida pelas agências reguladoras, que utilizam em profusão a consensualidade no direito sancionador, embora somente a Agência Nacional de Saúde Suplementar, como vimos, tenha sido expressamente autorizada a fazê-lo. Aqui, no entanto, há algumas distinções substanciais em relação ao Ministério Público e à Administração Pública em geral. A uma, a dinâmica do mercado, a imprescindibilidade da intervenção do Estado como agente regulador e o tecnicismo dos setores regulados há muito conduziram à conclusão de que a edição de normas de conduta, nessa seara, não se compatibilizava com as conhecidas agruras do processo legislativo, daí decorrendo o reconhecimento do poder normativo das agências reguladoras⁶⁹. A duas, a tese da impossibilidade de delegação legislativa, lastreada na separação dos poderes e na revogação das delegações preexistentes à Constituição de 1988, promovida pelo art. 25 do ADCT, não teve forças para conter o surgimento e a estabilização do poder normativo dessas agências, fato consumado na realidade brasileira. A três, foi concentrada, em cada agência reguladora, a competência para delinear normativamente a tipologia do ilícito, instaurar o processo administrativo destinado à sua apuração, instruí-lo e decidi-lo, o que torna mais que razoável a celebração de um ajuste no qual o integrante do setor regulado aceite a aplicação imediata de sanção, individualizada pelo próprio órgão que prolataria a decisão final. A quatro, a situação, no âmbito da improbidade administrativa, é substancialmente distinta, já que a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público não detêm a senhoria normativa nessa seara e muito menos têm competência para aplicar as sanções cominadas na Lei nº 8.429/1992, múnus que recai sobre estrutura estatal diversa, o Poder Judiciário.

O entendimento de que a consensualidade de colaboração ou a consensualidade de pura reprimenda seja aplicada no âmbito da improbidade administrativa ainda traz consigo inúmeros complicadores.

Como a legitimidade para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade é disjuntiva e concorrente, poderia o Ministério Público vincular a Administração Pública com um ajuste dessa natureza? A recíproca seria verdadeira?

Quem realizaria o controle dos ajustes? Diversamente ao que ocorre no âmbito criminal, em que a consensualidade é fiscalizada pelo Poder Judiciário, não há previsão semelhante na seara ora analisada. O juízo de valor da Administração Pública em ajuizar, ou não, a ação, é definitivo. O Ministério Público, por sua vez, caso decida arquivar um inquérito civil, deverá submetê-lo à revisão do órgão competente, Conselho Superior ou Câmara de Revisão, conforme a esfera da federação em que esteja situado. Nessa linha, quem faria o controle final? E, a exemplo do que já dissemos, o posicionamento do Ministério Público seria vinculante para a Administração Pública? A recíproca seria verdadeira? Ainda que sejam muitas as críticas nessa seara, não se pode negar o provável êxito pragmático do ajuste celebrado, de um lado, pelo autor do ilícito, e, de

⁶⁹ Cf. ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa?. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 271, maio-ago./2017, p. 193 e ss.

outro, pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica lesada. Nesse caso, os problemas somente surgirão caso o acordo seja descumprido e, por ocasião do processo de execução, seja arguida a sua invalidade.

Uma possibilidade que não deve ser desconsiderada seria não a submissão direta do acordo à homologação do Poder Judiciário, já que a ordem jurídica não contempla quer o instrumento utilizado, quer a competência que se pretende criar, mas, sim, o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade acompanhada de ajuste (v.g.: o negócio processual a que se refere o art. 190, *caput*, do CPC/2015) em que o agente público reconhecesse a prática do ilícito e aceitasse a aplicação imediata da sanção. Sob esse prisma, o risco seria todo do agente público.

Assim ocorre em razão da possibilidade de o órgão jurisdicional entender que a sanção ajustada é insuficiente ou mesmo que o perdão, à mingua de previsão legal e por mais relevante que tenha sido eventual colaboração, seja juridicamente insustentável. Isso sem olvidar que já estará encartada no processo a confissão do agente público. Ainda será possível que o órgão jurisdicional entenda que o direito é indisponível, argumento que, sob a ótica do bem jurídico tutelado, possui muita força em relação à sanção de suspensão dos direitos políticos, que restringe a cidadania, daí decorrendo o não acolhimento do acordo à mingua de autorização legal e da vedação constante do art. 190, *caput*, do CPC/2015 (que se somaria ao tantas vezes mencionado art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992). Este último argumento, no entanto, parece-nos frágil ao constataremos que, sistemicamente, o direito sancionador brasileiro tem admitido a consensualidade, que alcança, inclusive, o relevante direito de liberdade. O principal óbice à consensualidade no âmbito da improbidade parece ser a ausência de todo e qualquer balizamento ao modo como se projetará na realidade. Obstáculos à parte, é factível que a aceitação dessa solução produziria resultados muito mais úteis para as estruturas estatais de poder, e a sociedade em geral, que a longa tramitação de uma relação processual.

À mingua de qualquer diretriz ou limite para o acordo, ainda se deve questionar se seria amplo e irrestrito o poder de disposição sobre as sanções cominadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992?

Sob essa ótica, o problema somente se colocaria em relação à multa, à proibição de contratar e de receber incentivos, à perda da função e à suspensão dos direitos políticos, já que a reparação dos danos e a perda de bens não são verdadeiras sanções. E, mesmo em relação à multa e à perda da função pública, ainda seria possível argumentar com os contornos puramente patrimoniais da primeira e a voluntariedade da relação jurídico-funcional quanto à segunda, com ampla possibilidade de serem obtidos resultados satisfatórios na realidade.

O Ministério Público do Estado do Paraná, por seu Conselho Superior, editou a Resolução nº 01/2007, na qual admitiu a consensualidade, de colaboração e de pura reprimenda, em ilícitos enquadrados na Lei nº 8.429/1992 e na Lei nº 12.846/2013. É perceptível que esse ato normativo infralegal buscou contornar os óbices já indicados neste estudo. Além do que dissemos, parece-nos injurídico o comando inserido em seu art. 5º, §4º, que sujeita à homologação, pelo Conselho Superior do Ministério

Público, dos termos de ajustamento de conduta celebrados na fase processual, pois cria, para o colegiado, uma regra de competência não prevista em lei, isso sem contar o mal trato à independência funcional. Em momento anterior, o Ministério Público do Amapá aprovava a Resolução nº 02/2017-CSMP/MPAP, na qual adotou a consensualidade de colaboração em relação aos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/1992. O Conselho Nacional do Ministério Público, sem maiores detalhamentos, dispôs, no art. 1º, §2º, da Resolução nº 179/2017, que “é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado”. O compromisso assim firmado estará sujeito à homologação do órgão interno de controle, Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão.

Por certo, não faltará quem afirme a incongruência de a colaboração ser admitida na seara criminal e não o ser no âmbito da improbidade administrativa. A conclusão, aliás, é mais que correta. Apesar disso, não há qualquer vício de inconstitucionalidade na existência de normas diversas disciplinando instâncias de responsabilização distintas. Não há como sustentar que a admissão da consensualidade no *plus* torna obrigatório que o mesmo ocorra no *minus*. Afinal, esses sistemas não estão inseridos em uma métrica, variando em importância quantitativa conforme o valor numérico que lhes seja atribuído. A acresça-se que as instâncias de responsabilização, longe de estarem inseridas na responsabilidade penal, são correlatas a ela. A influência recíproca só ocorre nos limites em que a ordem jurídica o autorizar. O intérprete, portanto, não pode substituir-se ao legislador e moldar o sistema que lhe seja mais simpático, o qual, é importante frisar, tanto poderia beneficiar como prejudicar o autor do ato de improbidade. A esse respeito, basta lembrarmos, outra vez, a situação do árbitro, que é considerado funcionário público para os fins da lei penal, mas não o é para a Lei nº 8.429/1992.

A interação das distintas instâncias de responsabilização, de modo que formem um sistema comum, exige a presença de traços indicativos de que, em sua essência, partilham da mesma natureza, ou, à sua falta, que haja uma norma estabelecendo essa integração. O mais comum é que haja pontos de interação, como se verifica em relação ao reconhecimento da juridicidade da prova emprestada, desde que observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, não uma ampla e irrestrita identidade entre os institutos próprios de cada instância.

Ainda que a persecução dos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/1992 e as respectivas sanções não sejam suscetíveis de acordo, não há óbice a que sejam utilizados elementos de convicção produzidos em ajustes dessa natureza, em outras instâncias de responsabilização, desde que não estejam cobertos por sigilo. Aliás, a possibilidade de utilização, no âmbito das ações civis por atos de improbidade, de provas produzidas em outras instâncias de responsabilização, como a penal, tem sido largamente reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰.

⁷⁰ STJ, 3ª Seção, MS nº 13.099/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 08/02/2012, DJ de 24/02/2012; 2º Turma, MS nº 14.504/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 14/08/2013, DJ de 20/08/2013; 2ª Turma, REsp. nº 129.7021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12/11/2013, DJ de 20/11/2013; 1ª Turma, AgRg. no AREsp. nº 296.593 / SC,

Epílogo

A existência de uma pluralidade de instâncias de responsabilização, coexistentes e independentes entre si, tende a ensejar ilações a respeito da incoerência sistêmica em relação às sanções cominadas e a possíveis afrontas à proporcionalidade, sempre que aplicadas de forma isolada, efeito natural quando as instâncias não dialogam entre si. Críticas similares tendem a aflorar em relação ao procedimento a ser seguido e aos instrumentos a serem utilizados, a começar pela incidência, ou não, da consensualidade.

A participação direta do Ministério Público, em qualquer ajuste de colaboração que possa gerar reflexos na aplicação das sanções cominadas, assume singular importância no sistema brasileiro. Afinal, no âmbito das estruturas estatais de poder, a Instituição é a única legitimada a deflagrar os sistemas de responsabilização cível e criminal, tendo uma visão sinérgica do ilícito e de seus reflexos no direito sancionador. Apesar disso, o risco de incoerência subsistirá sempre que o posicionamento da Instituição não for vinculante para outros legitimados, o mesmo ocorrendo na hipótese inversa.

A celebração de acordos, em uma esfera de responsabilização, não gera efeitos necessários sobre a punibilidade no âmbito das demais. É imperativo que a lei assim o disponha, o que decorre da independência entre as instâncias e da correlata autonomia existencial de cada qual. Por outro lado, ainda que a lei seja silente a esse respeito e a possibilidade de punição permaneça hígida, é perfeitamente possível que o acordo contribua para uma avaliação positiva da personalidade do colaborador e gere reflexos na fixação da respectiva sanção. Não é de se descartar, ainda, a possibilidade de acomodação sistêmica do acordo celebrado pela mesma autoridade responsável pela aplicação da sanção, o que se torna particularmente nítido quando ainda exerce competência normativa na temática.

Também merece ser lembrado que as provas apresentadas e os termos do acordo celebrado na esfera administrativa, cível ou penal somente não serão valorados pelas demais instâncias de responsabilização caso a lei estabeleça o sigilo em relação aos seus termos. Caso inexista sigilo, não haverá óbice a que sejam utilizados em detrimento do próprio colaborador. À luz desse quadro, é intuitivo que a *consensualidade de colaboração* será tanto mais atrativa quanto for o seu nível de compartimentação. Quando uma instância de responsabilização, além de não gerar reflexos necessários sobre as demais (v.g.: com a extinção da punibilidade), ainda puder ter as provas utilizadas, o acordo somente será atrativo quando os efeitos a serem produzidos na respectiva instância forem extremamente benéficos ao colaborador. É o que ocorre, por exemplo, com a colaboração premiada na esfera criminal, que pode acarretar o perdão judicial do colaborador, mas não afasta, por exemplo, a proposta de que venha a ser demandado, caso seja agente público, em sede de ação civil por ato de improbidade administrativa. Esse risco, à evidência, será valorado pelo colaborador.

Rel. Min. Arnaldo Esteves, j. em 04/02/2014, DJ de 11/02/2014; 2ª Turma, REsp. nº 123.0168 / PR, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 04/11/2014, DJ de 14/11/2014; e 2ª Turma, AgRg. no MS nº 15317 / DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24/05/2017, DJ em 30/06/2017.

Portanto, é perfeitamente possível que um legitimado à deflagração da instância de responsabilização utilize as provas colhidas em outra, a partir da consensualidade, desde que não cobertas pelo sigilo. Essa possibilidade é factível inclusive em relação ao Ministério Público brasileiro, que é estruturado em diversas unidades independentes. Caso o ajuste firmado seja coberto pelo sigilo, será necessário aderir aos seus termos para o compartilhamento. Isto, repita-se, se o sigilo não for afastado pelo órgão competente após solicitação.

Apesar da relevância da consensualidade, não podemos desconsiderar os balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, por mais promissores que sejam os resultados passíveis de serem obtidos com a criação de balizamentos outros, sequer cogitados no respectivo sistema de responsabilização. Vale lembrar que há pouco menos de três décadas, nosso direito sancionador não contava com consensualidade alguma. Agora, não há consensualidade que nos baste.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista dos Tribunais, vol. 967, Maio, 2016, p. 251-303.

ARRUDA, Vivian Anne do Nascimento; CRUZ, Tatiana Lins. *A Florescência da Cooperação Internacional em Matéria Antitruste no Brasil Enfoque à Cooperação no Combate aos Cartéis*. In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional, vol. 20., jul.-dez./2011, p. 163-208.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *Bribery Act 2010: um Novo Paradigma no Enfrentamento da Corrupção*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 113, mar.-abr./2015, p. 411-439.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. *Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate ao ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei nº 12.846/13*. In: SOUZA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 111-127.

BATISTA DE MOURA ZIEBARTH, José Antonio. *A Nova Legislação Brasileira de Defesa da Concorrência: Perspectivas e Desafios – Comentários à Lei 12.539/2011*. In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional, vol. 20. jul./2011, p. 471.

BETTIOL, Guiseppe. *Dal diritto penale al diritto premiale*. In: *Scritti giuridici*, T. II. Padova: CEDAM, 1966.

BLOK, Marcella. *A Nova Lei Anticorrupção e o Compliance*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 65, jul.-set./2014, p. 263-318.

BONFIM, Natália Bertolo. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei Anticorrupção*. In: Revista dos Tribunais, vol. 947, set/2014, p. 91-117.

BOTTINI, Pierpaolo; DE SOUZA, Ricardo Inglez; DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A Nova Dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, jan.-jun./2013, p. 117-139.

BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005, p. 96.

CANTAL, Ana Maria Borges Fontão. A Nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 12, nov.-dez./2015, p. 301-308.

CASADO FILHO, Napoleão. Uma Revolução Silenciosa: Lei Anticorrupção e a Governança Empresarial. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 72, abr.-jun./2016, p. 249-258.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ações de Improbidade Administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, p. 153.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: os Acordos de Leniência, O Tempo de Compromisso de Cessão e a Lei nº 11.482/2007. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 15, jan./2007, p. 45-74.

DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. Cartéis – Tratamento Legal. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 19, jan.-jun./2011, p. 105-132.

DAVIS, Angela J. *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*. New York: Oxford University Press, 2007.

DE CAMPOS, Marcos Vinícius (Coor.). PAINEL I – cartéis: interface administrativa e criminal. *In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 19-85.

DE CASTRO, Carlos Alberto Farracha; BAIOTTO, Elton. A (Desconsideração da) Personalidade Jurídica e o Novo Código de Processo Civil: Segurança Jurídica e Devido Processo Legal. *In: Crise econômica e Soluções Jurídicas*, nº 118, mar./2016.

DE CASTRO, José Nilo. Improbidade Administrativa Municipal. *In: Caderno de Direito Municipal* nº 8/2000, p. 82.

DE MORAES, Luiza Rangel. Considerações sobre o consente decree e sua aplicação no âmbito da disciplina do mercado de valores mobiliários. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 4, jan.-abr./1999, p. 99-113.

DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93-113.

DE OLIVEIRA, Fábio Júnior; CHOQUE, Romina Diana Flores. *Processo e Procedimentos da Responsabilização das Pessoas Jurídicas sob a Égide da Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013 – Correlacionada às Inovações do Novo CPC – Lei 13.105/2017*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 966, abr./2016, p. 203-222.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica: Desafios Sobre a Lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 14, mar.-abr./2016, p. 155-239.

DE SOUZA, Ricardo Inglez; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. *Lei Anticorrupção e a Defesa da Concorrência*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 201-211.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

DINIZ, Gustavo Saad. *Remuneração de Dirigentes e Compliance na Governança de Associações e Fundações*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 65, jan.-mar./2016, p. 229-245.

DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 439-459.

DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de Leniência – Breve Estudo Comparativo. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 49-60.

EBACH, Jürgen. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014.

EDINGER, Carlos. *Programas de Integridade Anticorrupção: Autonomia e Heteronomia*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 977, mar./2017, p. 267-285.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de Inocência e o Pacote Anticorrupção: a Análise do “Novo” Crime de Enriquecimento Ilícito e as Garantias Constitucionais. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, vol. 1, abr.-jun./2016, p. 171-190.

- EPSTEIN, Richard A. *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*. EUA: AEI Press, 2007.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Panorama Crítico da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, Set, 2014, p. 25-35.
- FALCÃO, Joaquim. A Nova Geração de Juízes, Advogados, Promotores e Policiais. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 967, maio./2001, p. 57.
- FARINA, Laércio. Paineis II Cartéis – Identificação, Investigação e Punição. Cartels – Identification, Investigation and Sanctions. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan./2001, p. 78-158.
- FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. p. 370.
- FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de Leniência e a Lei nº 12.529/2011: Avanços e Desafios. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 22, jul.-dez./2012, p. 145-161.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, Comentários à Lei nº 8.429/1992 e Legislação Complementar*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.
- FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A Aplicabilidade das Sanções Previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013): uma Análise a partir das Fraudes Envolvendo o Metrô de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 115, jul.-ago./2015, p. 337-366.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei nº 8.072/90. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GARCIA, Emerson. O Combate à Corrupção no Brasil: a Responsabilidade Ética e Moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 10, jul.-dez./2007, p. 383 e ss.
- _____. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- _____. e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- GARCIA, Maria. De Volta à Teoria da Corrupção: Doble e as Estruturas Sociais Primárias. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 90, jan.-mar./2015, p. 77-89.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 179.
- GRAU, Eros Roberto. *Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira: parecer publicado em junho de 2001*. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula Ana. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229-248.

GREIF, Stefan. *Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dichte*. Deutschland: Fink, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corrupção em uma Perspectiva Internacional. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 64, jan.-fev./2007, p. 26-56.

JESUS, Damásio E. de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. *In: Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, nº 5, jun./1993.

JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157-177.

KRAMMER, Stefan. *“Redest nicht von Schweigen...” zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Köngshansen & Neumann, 2003.

KUYVEN, Fernando. Aplicação Ultraterritorial da Lei Anticorrupção. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 4, jul.-ago./2014, p. 263-280.

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

LECEY, Eladio. Direito Ambiental Penal Reparador: composição e reparação do dano ao ambiente – reflexos no juízo criminal e na jurisprudência. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, jan.-mar./2007, p. 92.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público e o Controle Penal da Corrupção. A Promotoria Anticorrupção (FERDEEC) na Espanha: do Modelo Formal ao Modelo Construído. *In: Ciências Penais*, vol. 7, jul.-dez./2007, p. 123-145.

MADAUS, Stefan. *Der Insolvenzplan: von seiner Dogmatische Deutune als Vertrag und seiner Fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da Med. Prov. 703/2015 – parecer. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 967, maio/2016, p. 367-395.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand, Tome Premier*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, jan.-mar./2006, p. 93.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169-210.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade*. Comentários e Anotações Jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MENDRONI, Marcelo Batlouni; FARINA, Fernanda Mercier Querido. Alterações Penais da Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 927, jan./2013, p. 159-172.

MILARÉ, Édís; SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, abr.-jun./2005, p. 9.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. *Lei nº 12.846/2013*. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 9, mai.-jun./2016, p. 171-190.

NAPOLITANO, Giuseppe; PICCIONI, Fabio. *Depenalizzazione e Decriminalizzazione*. Analisi ragionata dei Decreti Legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016. Romagna: Maggioli Editore, 2016.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

NETO, Miguel Pereira. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 331-357.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As Novas Ferramentas do Direito Administrativo para Combater o Velho Problema da Corrupção: Perspectivas da Lei nº 12.846/2013. *In: Crise Econômica e Soluções Jurídicas*, nº 76, fev./2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Observações sobre a Lei nº 9.429/1992. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PALHARES, Felipe. *Corrupção Empresarial: a Sucessão da Responsabilidade nas Operações Societárias Lesivas à Administração Pública*. *In: Revista de Direito Privado*, vol. 67, Jul-Set, 2016, p. 341-388.

PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 115.

_____. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 135.

PEARLSTEIN, Debra J. (Chair). *ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments*, vol. II. 5ª ed. USA: American Bar Association, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: *Revista dos Tribunais*, vol. 879, 2009, p. 475.

PEREIRA NETO, Miguel. A Lei Anticorrupção e a Administração Pública Estrangeira. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 331.

PORTO SOARES, Marcos José; ARAÚJO PEREIRA, Alexandre. *Distinção entre Corrupção, Improbidade Administrativa e a Má Gestão da Coisa Pública*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 959, set./2015, p. 55-69.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. A Lei Anticorrupção e o Terceiro Setor. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 237-254.

RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147-168.

RIOS, Rodrigo Sánches; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance – Prevenção e Minimização de Riscos na Gestão da Atividade Empresarial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 114, mai.-jun./2015, p. 341-375.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 271, maio-ago./2017, p. 193-221.

RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial. Práticas e Recomendações. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, ago./2007, p. 22-33.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância. In: *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992*. Org. por José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 462/466.

RUBERG, Uwe. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978.

SADDY, André e GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. In: *Revista de Informação legislativa*, ano 52, nº 206, abr.-jun./2015, p. 165-203.

SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessão de Prática e o Reconhecimento de Culpa. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jun.-dez./2011, p. 13-49.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SALOMI, Maíra Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais. In: *Ciências Penais*, vol. 16, jan./2012, p. 459.

SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; VAZZOLER, Anna Claudia Pardini. Lei Anticorrupção e a Abrangência do Inciso V do Art. 5º. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 57-71.

SANCTIS, Fausto Martins. Lei Anticorrupção e Lavagem de Dinheiro. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 213-235.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

SANTOS. Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS LUCON, Paulo Henrique dos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 267-279.

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, Alex Brunno Viana da. *Plea bargaining* no Direito Penal Brasileiro e o novo paradigma trazido pela Lei de Organizações Criminosas. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão – Juris Itinera*, nº 22, 2015, p. 137.

SILVA, Vladimir Spíndola. O Instituto da Leniência no Direito Antitruste Norte Americano. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 9, jan./2002, p. 325-348.

SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115-134.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157-177.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan./2001, p. 137-152.

SOBRINHO, Jorge Hage. Lei nº 12.846/2013. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 37-55.

SPERCEL, Thiago. Considerações sobre a Responsabilidade Solidária do Grupo Econômico por Atos de Corrupção. *In: Revista de Direito Empresarial*, vol. 4, jul.-ago./2014, p. 281-292.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Interpretação Constitucional Possível da Responsabilidade Objetiva na Lei Anticorrupção. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 133-155.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do Artigo 30 da Lei nº 12.846/2013. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 281-294.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Instituições de Processo Penal*, 2º vol. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 227, p. 253.

_____. *Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 134/136.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. *In: DELMAS-MARY, Mirelle Delma. Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673-724.

VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins; e MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona. Conceito de Faturamento Bruto Excluídos os Tributos para Aplicação da Pena de Multa na Lei Anticorrupção. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 119-132.

VICENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: Requisito Essencial ou Prescindível, Face ao Programa de Leniência? *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 252-274.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992 (12ª reimp. de 2010).

Breve Contribuição ao Método de Estudo de Casos em Direito

Eugênio Rosa de Araujo*

Sumário

1. Introdução. 2. Linguística. 2.1. Signo, Significado, Significante, Campo de Significação. 3. Lógica. 3.1. Silogismo, Subsunção, Premissas Maior e Menor. 4. Estudo do Direito por Casos. 5. *Common Law*. 6. Sistema Romano Germânico. 7. Tipos de Uso de Casos na Compreensão do Direito. 7.1. Tipo Indutivo. 7.2. Tipo Dedutivo. 8. Para Ambos os Métodos. 9. Conclusão. Bibliografia Consultada. Bibliografia sobre Responsabilidade Civil do Estado. Anexo.

1. Introdução

Como encontrar um fato relevante e o argumento adequado para um caso? Pode-se dizer sem medo de errar que a maioria das questões debatidas hoje no mundo do direito gira em torno destas duas perguntas. O procedimento para respondê-las, e seu estudo, é o que nos move neste estudo que une teoria e prática para, no final, explicar a prática no reforço da teoria.

Para uma recolha de exemplos em dias de impeachment, lavagem de dinheiro, prisões preventivas, acordos de leniência envolvendo bilhões, encontrar o fato relevante, do qual emerge a incidência de preceito jurídico, assim como o argumento adequado na busca de consenso para o conflito, torna-se a prática fundamental e essencial para a compreensão do direito aplicável.

O estudo que ora se apresenta coloca à disposição do leitor noções básicas e elementares sobre linguística, lógica e conceitos jurídicos aptos a permitir ao operador realizar uma leitura ótima do fenômeno jurídico a ser apreendido e solucionado, trazendo o máximo de objetividade e facilitando o controle e a motivação da solução encontrada.

Disse uma vez Bobbio que a democracia abomina o poder que oculta e o poder que se oculta. Nestas próximas linhas buscar-se-á demonstrar como lançar luz ao caso, com o auxílio da linguística, da lógica, de conceitos jurídicos por meio da teoria e de casos práticos, explicados e que permitirão chegar à clareza necessária à legitimidade da solução, seja de uma palestra, aula, parecer ou julgamento.

* Juiz Federal da 17ª Vara Federal/RJ

2. Linguística

2.1. Signo, Significado, Significante, Campo de Significação

Para o nosso estudo sobre a metodologia por meio do estudo de casos, é importante dispormos em nosso ferramental de noções elementares de linguística. Muitas delas já são de nosso conhecimento comum e intuitivo, como, por exemplo, o sinal de trânsito, que vemos várias vezes todos os dias e que compreendemos e obedecemos perfeitamente ao seu sistema de informação.

Como se sabe, o sinal de trânsito, ou semáforo, sinaleira ou farol, é composto de três sinais ou signos: o verde, o amarelo e o vermelho. O sinal vermelho tem o significado de parar, o amarelo de ter atenção e o verde de seguir adiante.

O signo “semáforo” dispõe de três significantes – vermelho, amarelo e verde –, os quais traduzem os significados de parar, ter atenção e seguir.

Veja que este sistema de comunicação só faz sentido para nós quando estamos numa rua ou estrada, isto é, se estivermos num campo de significação em que estes sinais/significantes façam sentido.

Se alterarmos o campo de significação do semáforo e o colocarmos numa exposição de arte moderna, ele terá outra significação que não reflete as regras de trânsito, mas a criatividade artística.

Há um outro exemplo, um pouco mais completo, que nos dará uma ideia mais clara do mecanismo signo/significante/significado/campo de significação.

Tomemos um gafanhoto. O gafanhoto é um inseto em qualquer parte do planeta. No entanto, o signo gafanhoto/inseto pode ter significados diferentes, dependendo do campo de significação em que se vê inserido.

No México, por exemplo, gafanhoto pode ser visto como alimento; na China como brinquedo e no Brasil como praga agrícola.

É certo que nestes três países ele será um inseto e praga, mas não necessariamente como comida e brinquedo. Tudo dependerá do campo de significação em que a mensagem estiver sendo transmitida.

Assim, o contexto em que se insira o inseto/signo poderá traduzir significados diferentes, conforme a geografia, a cultura e a época.

No campo da legislação, por exemplo, um gafanhoto vivo usado como animal de estimação, não sofrerá nenhuma regulação, ao passo que se for alimento num restaurante, estará submetido a regras sanitárias de qualidade do alimento posto para consumo. Como praga, poderá receber regulação a respeito de aplicação de agrotóxicos para seu combate em plantações.

Do que se percebe, os sinais e seus significados têm de ser contextualizados nos seus respectivos campos de significação, o que nos permite trasladar estas considerações para o campo do direito, onde o texto legal é um signo, um sinal, portador de um significado, conectado e contextualizado em seu respectivo campo de significação.

3. Lógica

3.1. Silogismo, Subsunção, Premissas Maior e Menor

Ainda com o objetivo da preparação do terreno para o estudo de casos, é importante reter o conhecimento básico do conhecido juízo de subsunção a que se pode fazer na interpretação e aplicação dos textos legais.

O juízo de subsunção é um silogismo, isto é, um raciocínio estruturado a partir de duas premissas que, por dedução, se chega a uma terceira, a conclusão.

Teremos, então, a premissa maior, onde os fatos se encontram descritos, em abstrato, na lei. Exemplo famoso é a descrição do tipo penal do furto: *subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel*.

Nesta premissa maior, encontramos uma descrição antecedente e abstrata dos fatos, ainda não acontecidos na realidade da vida e que não está referida ainda a nenhuma conduta concreta.

Já a premissa menor, que se coloca no campo dos fatos acontecidos na realidade concreta da vida, ficará *colorida* pela ocorrência da conduta descrita em abstrato. É o fato acontecido na vida real: Antônio que subtrai, para si, uma carteira (coisa alheia móvel) de propriedade de José.

Assim, o aplicador da lei, por exemplo, o juiz, colocará em comparação o antecedente descrito em abstrato na lei (premissa maior) – subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel – e a ocorrência dos fatos acontecidos em concreto (premissa menor) – a subtração para si, por parte de Antônio, da carteira de José, com a consequente conclusão que será a incidência das penas previstas no art.155 do Código Penal.

Tal juízo de subsunção se resume, na maioria dos casos, no confronto entre os fatos abstratos narrados no texto legal e os fatos ocorridos em concreto no mundo da vida e adaptados ao modelo legal, fazendo eclodir a conclusão de incidência das penas do texto penal.

Veja que a premissa menor oferece um outro desafio não menos importante. É que esta também se apresenta como uma premissa maior do caso ocorrido em concreto. Explico: no texto legal é necessário que a coisa seja *alheia e móvel*. O fato ocorrido também deve amoldar-se ao que abstratamente está descrito no texto legal.

Não se pode furtar um imóvel, muito menos um objeto que seja de nossa propriedade. Daí a necessidade de um segundo juízo de subsunção na compreensão do fato ocorrido.

Torna-se necessário, portanto, confrontar o enunciado legal – que traduz uma expressão linguística de sentido abstrato – e o fato ocorrido, a realidade contingente, atingida ou testemunhada pela experiência e pelos sentidos, daí a necessidade de um segundo juízo de subsunção na aferição dos fatos da premissa menor.

Nada obstante, ainda é necessário o contraste com o contexto em que se insere a ocorrência dos fatos, em face da possibilidade de alteração do campo de significação do texto legal – lembremos do exemplo do gafanhoto.

A interpretação do texto legal, portanto, implica o reconhecimento de um problema, isto é, numa situação que inclui a possibilidade de uma alternativa (possibilidades do texto), já que, nem sempre, a situação tem um significado único.

Quando nos colocamos diante de um texto legal, devemos visualizar os seus signos linguísticos, seus significantes e seus significados, buscando o aferir com a maior precisão terminológica possível, a hipótese abstrata contida na lei.

É preciso ter em mente que o conceito visa a melhor descrição possível do fato e traduz uma classificação e a previsão dos objetos que possam ser apreendidos na realidade da vida.

Para tanto é preciso colocar o raciocínio a serviço do argumento. O raciocínio redundante no procedimento de inferência de provas, ao passo que a busca de argumentos traduz qualquer razão, demonstração ou motivo capaz de captar um assentimento e induzir à persuasão do interlocutor.

Deve-se buscar a melhor compreensão possível da premissa maior, bem como reunir os melhores argumentos para a comprovação dos fatos ocorridos na premissa menor. A conclusão emergirá da compreensão abstrata e do convencimento sobre o fato concreto.

4. Estudo do Direito por Casos

O caso é um acontecimento, um fato, um evento, uma circunstância. Difícil de conceituar, mas relativamente fácil de intuir.

A metodologia de estudo por meio de casos é poderoso instrumento pedagógico, uma vez que permite ao estudante, no caso do direito, compreender o texto legal através da análise da jurisprudência, identificando os princípios e as regras inseridas no sistema legal.

Aqui vamos enfrentar o instigante método da utilização de casos para a solução de problemas; o método é decomposição do julgado identificando as partes, os argumentos, as teses e a legislação invocada.

No método de casos (*case method*) o aluno estuda e resume (*briefing*) o caso antes da aula, dele retirando as questões jurídicas principais (*issues*), analisando as razões de decidir (*holding*) do julgamento.

Assim, fica em contraste o caso concreto e o sistema no qual está inserido.

5. Common Law

No sistema da *common law*, o método de análise de casos é o indutivo, onde o pensamento vai de uma ou várias verdades singulares para uma verdade mais universal:

do geral para o particular ou singular. Ex.: um dos papéis do direito do consumidor é a proteção do consumidor perante o estado e a empresa comercial. Logo, um dos papéis do direito do consumidor é a proteção do consumidor mais fraco.

No método indutivo da *common law*, formula-se a regra, a norma a ser aplicada ao caso *sub judice* por meio da análise de casos pretéritos sobre a mesma matéria ou questão. Procura-se nas decisões anteriores não só os resultados finais, mas também os fatos que serviram de base ou fundamento para cada conclusão.

Aqui o juiz só vai considerar casos anteriores com fatos suficientemente semelhantes àquele que tem de solucionar. Analisando os fatos e as soluções das decisões anteriores, ele chegará a uma norma de decisão – a *ratio decidendi* –, fundamento das decisões tomadas e aplicará essa norma ao novo caso.

O método indutivo da *common law* implica a aplicação do resultado de um caso anterior (*precedent*) ao caso concreto que está sendo decidido. Retoma-se a jurisprudência para compreender um texto ou uma construção gramatical do preceito a ser aplicado.

Para que seja excluído um precedente, deve-se chegar à conclusão de que ele não tem a *ratio decidendi* aplicável ao caso concreto (*distinguishing*).

6. Sistema Romano Germânico

Aqui a fonte primária e principal do direito é a lei ou código que será interpretado e aplicado. Tradicionalmente, a aplicação do direito segue o método dedutivo, o qual se caracteriza pelo movimento do pensamento que vai de uma verdade universal a uma verdade particular ou singular. Exemplo: 1) o estado de direito tem o papel de garantir a igualdade perante a justiça; 2) faz parte da igualdade tratar todos os processos com igual rapidez; 3) logo, no estado de direito não deve existir um preceito que permita acumular a distribuição de processos nos tribunais, devendo ser distribuídos sem demora ao juiz natural.

Neste sistema, a expressão principal do raciocínio dedutivo é o silogismo. Aqui o juiz formula a norma a ser aplicada ao caso *sub judice* como resultado da dedução feita em torno do preceito abstrato do texto legal.

Diante do caso concreto, o juiz deve procurar o preceito na lei e indagar seu conteúdo. Se os fatos couberem na norma, emerge a solução. Ex.: existe o preceito com os elementos ABC. Preenchidos os pressupostos, caberá a solução X. O caso a ser decidido apresenta os fatos *a*, B1 e C7.

Em primeiro lugar dever-se-á examinar o conteúdo de cada elemento do preceito legal; em seguida, verificar se o fato em exame cabe nos conceitos/descrição do preceito ou não, afastando eventual dúvida quanto ao enquadramento do fato C7 no conceito de C.

Com enorme frequência os textos legais têm conceitos abstratos e o juiz busca conhecer o seu sentido exato, procurando apoio na doutrina e na jurisprudência, os quais podem ter extraído normas mais concretas dos seus princípios abstratos.

A jurisprudência anterior, com suas convergências e divergências, é utilizada como instrumento de compreensão do conteúdo do texto legal.

No *common law*, o caso singular normalmente não tem papel importante como no sistema romano germânico. Isto porque, no sistema romano germânico, a jurisprudência é utilizada como argumento, sempre havendo, aqui e ali, correntes divergentes sobre determinada questão, as quais são integradas por um acórdão de corte superior (STF ou STJ).

Neste trabalho, usar-se-á o método misto, com elementos dedutivos e indutivos, o qual nos parece que atende ao sistema brasileiro onde há cortes superiores que pretendem dar homogeneidade à jurisprudência, ao mesmo tempo em que permite a busca para a justiça do caso concreto.

7. Tipos de Uso de Casos na Compreensão do Direito

7.1. Tipo Indutivo

No tipo indutivo, o método é a concentração no caso concreto, buscando o ferramental na jurisprudência e na doutrina para a solução de qualquer caso.

No tipo indutivo de solução de caso busca-se a identificação dos fatos da causa; dos textos legais invocados; a crítica da solução dada ao caso; a verificação das divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim:

- 1- seleção de um acórdão do STF ou STJ, dele extraindo o tema, a legitimidade das partes, a aplicabilidade do texto normativo invocado, os conceitos utilizados e outros elementos que o julgado permita;
- 2- apresentação dos textos principais que tratam do tema: constituição federal, código civil, penal etc.;
- 3- apresentação e descrição da solução dada pelo tribunal, com identificação de ênfase em interpretação gramatical, sistemática, histórica ou teleológica;
- 4- discussão e crítica da solução dada pelo tribunal, trazendo argumentos contrários e a favor da solução, com subsídio de outros julgados e doutrina;
- 5- explicação da doutrina geral básica, o sistema e a estrutura da área do direito foco do caso, se possível com a posição histórica dos institutos.

7.2. Tipo Dedutivo

No tipo dedutivo, a ênfase inicial é na hipótese abstrata do caso hipotético enfrentando a estrutura do tema de direito. Apresenta-se o texto normativo principal (constituição, lei ordinária etc.) e os preceitos principais que disciplinam o tema, situando o preceito dentro do sistema.

A leitura dos textos normativos é de grande utilidade para ilustrar a análise do caso. Com a leitura, demonstram-se suas eventuais inconsistências.

Em seguida, identificar a solução dada ao caso concreto, comparando as várias soluções que a jurisprudência ou doutrina específica fornecem para facilitar e aperfeiçoar o conhecimento do tema.

Assim:

- 1- escolher um caso simples na jurisprudência de tribunal superior;
- 2- apresentar os textos legais invocados no julgado;
- 3- esclarecer a doutrina básica, posição no sistema, história do instituto, estrutura da área do direito etc.;
- 4- expor a solução oferecida pelo ordenamento jurídico;
- 5- apontar as eventuais incertezas da lei ou apresentar versão sobre o caso que não possa ser solucionado diretamente pela aplicação pura e simples do texto normativo;
- 6- apresentar as soluções dadas no acórdão, referenciando cada fato e cada solução, com descrição minuciosa;
- 7- apresentar a solução em doutrina específica.

8. Para Ambos os Métodos

Há um caminho que deve ser seguido, seja para o método indutivo, seja para o método dedutivo no estudo de casos em direito.

O orientador deverá levar os alunos a responderem as seguintes perguntas no aresto escolhido:

Quem está querendo o quê, de quem e por qual razão? A resposta criteriosa a estas perguntas vai permitir a identificação dos fatos, dos textos invocados, dos argumentos alinhavados para cada questão de fato ou de direito bem como a solução dada a cada questão.

9. Conclusão

Tudo ponderado, o estudo de casos em direito, conforme se demonstrou, é instrumento capaz de pôr em prática, antigo brocardo romano segundo o qual *verba volant scripta manent exempla trahunt*, isto é: as palavras voam, a escrita fixa e o exemplo traz.

Por meio do estudo de casos, o estudioso do direito se depara com elementos de história do direito, estudo de métodos comparados (*common law* e *civil law*), apreende os importantes elementos do juízo de subsunção (premissas maior, menor e conclusão), a importância da semiótica (signo/significado/significante/campo de significação) e métodos de aproximação dos casos concretos (dedução/indução).

O objetivo deste trabalho foi entregar aos estudiosos do direito um quadro mínimo, porém seguro, para abordagem dos casos concretos existentes na jurisprudência (nacional/estrangeira/judicial/administrativa), os quais, entendo, são o melhor caminho para a formação de juristas voltados para o problema.

Neste mundo de pós-verdade, medo líquido, globalização e efeito estufa, é preciso refinar o entendimento da realidade. Oxalá tenha conseguido oferecer um guia simples e seguro.

Bibliografia Consultada

CHARAUDEAU, Patrick. *Dicionário de Análise do Discurso*. São Paulo: Editora Contexto. 2008.p.53-56.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978. p.21-26; 30-32; 35.

ELLET, William. *Manual de estudo de caso*. Porto Alegre: Bookman, 2008. p.9-24; 27-45.

GIL, Antonio Carlos. *Estudo de caso*. São Paulo: Atlas, 2009. p.31-61.

GRAHAM, Andrew. *Estudo de caso*. Brasília: Enap, 2010. p.23-61.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.399-422.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. 30ª ed. São Paulo: Editora Cultrix. 2008. p.79-84.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 135-207.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos*. Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Bibliografia sobre Responsabilidade Civil do Estado

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol.7, Responsabilidade Civil, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 624-657.

FREITAS, Juarez (Org). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 994-1230.

Anexo

Caso Concreto

AI 734689 AgR-ED Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 2012.

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. – A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. – Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

A hipótese é de menor que morreu devido a atendimento inadequado em hospital público. Aplicou-se a responsabilidade civil objetiva, cuja configuração independe de culpa, em caso de omissão do poder público.

A legislação citada veio indicada como sendo:

CF/46.

CF/88, ART.37,§6º.

Da *argumentação* do acórdão, pode-se retirar a seguinte essência, captada do seu *inteiro teor*:

- 1) a *teoria do risco administrativo*, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a *Carta Política de 1946*;
- 2) *direito positivo* que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (*CF, art. 37, §6º da CF/88*);
- 3) *princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público*;
- 4) *ação* quanto ao que concerne à *omissão do agente público*;
- 5) faz emergir, da mera ocorrência de *lesão* causada à vítima pelo Estado, o *dever de indenizá-la*;
- 6) pelo *dano moral e/ou patrimonial*;
- 7) *independentemente* de caracterização de *culpa* dos agentes estatais;
- 8) não importando que se trate de *comportamento positivo (ação)* ou que se cuide de *conduta negativa (omissão)*;
- 9) daqueles *investidos da representação do Estado*;
- 10) o princípio da responsabilidade objetiva admite *abrandamento* e, até mesmo, *exclusão* da própria responsabilidade civil do Estado nas *hipóteses excepcionais*, como o *caso fortuito* e a *força maior* ou *culpa atribuível à própria vítima*;
- 11) os *elementos* que compõem a *estrutura* e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a *alteridade do dano*, (b) a *causalidade material* entre o dano, o *comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão)* do agente público, (c) a *oficialidade* da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional e (d) a *ausência de causa excludente* da responsabilidade.

Juízo de Subsunção

HIPÓTESE ABSTRATA = art.37 §6º da CF/88.

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

HIPÓTESE CONCRETA = morte de menor em hospital público por má prestação do serviço por médico ou por mera inadequação do serviço, independente de ação desajeitada do agente.

CONCLUSÃO = caracterização da responsabilidade civil do poder público e a consequente condenação à reparação do dano sofrido.

Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais¹

Jorge Miranda*

Sumário

1. Cultura e Constituição. 2. Cultura e Política. 3. A Cultura e a Constituição. 4. A Cultura ao Longo das Constituições Portuguesas. 5. A Identidade Cultural na Constituição. 6. A Educação, a Ciência e a Cultura na Constituição. 7. A Cultura *Stricto Sensu* na Constituição. 8. Quadro dos Direitos Culturais. 9. Direitos Relativos à Identidade Cultural. 10. As Liberdades Culturais. 11. O Direito de Acesso aos Bens de Cultura. 12. O Direito da Cultura.

1. Cultura e Constituição

I – Ainda que sem pretender dar uma definição de cultura – tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias – pode assentar-se em que cultura envolve:

- tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância colectiva;
- tudo que se reporta a bens não económicos;
- tudo que tem que ver com obras de criação ou de valoração humana, contrapostas às puras expressões da natureza².

Ou olhando para os bens culturais, eles são, como diz José Afonso da Silva, coisas criadas pelo homem mediante projecção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objecto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e a participação do espírito humano³.

Cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização

¹ O presente texto corresponde às notas tomadas pelo Autor, com vista à arguição da lição de síntese do Doutor Vasco Pereira da Silva, nas provas para obtenção do título de agregado realizadas na Universidade de Lisboa em 31 de Maio e 1 de Junho de 2006. Não se trata aqui, evidentemente, de retomar o contraditório estabelecido naquela prova académica.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

² JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição – tópicos*, in: *Direito do Património Cultural*, obra colectiva, Oeiras, 1996, p.253.

³ *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, 2001, p.26.

política, o meio ambiente enquanto alvo de acção humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve.

Para além do que é universal, cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui a sua própria cultura, distinta, embora sempre em contacto com as demais e sofrendo as suas influências. Mas, nos nossos dias de hoje, a circulação sem precedentes de bens culturais e de pessoas conduz, algo contraditoriamente, a tendências uniformizadoras e de multiculturalismo.

II – A Constituição de um Estado é um fenómeno cultural – por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade donde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura. Daí Peter Häberle propor mesmo uma teoria da Constituição como ciência da cultura⁴.

A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação⁵.

Em último termo, uma Constituição só se torna efectiva e perdura quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (intelectual e, sobretudo, afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos⁶. E esse empenhamento, essa *vontade de Constituição* (Hesse) depende, por seu turno, do grau de cultura cívica – ou seja, de *cultura constitucional* – que se tenha atingido. A Constituição de 1976 não se teria radicado como Constituição normativa sem o progresso da cultura constitucional entre nós.

III – A cultura é também objecto da Constituição quer no sentido lato acabado de convocar, quer em sentidos menos latos e que são aqueles em que, de ordinário, se fala.

Quando a Constituição se ocupa das confissões religiosas, ou da comunicação social ou da informática, por exemplo, está-se ocupando, por certo, de bens culturais. No entanto, é a esses sentidos menos latos que se ligam o conceito de Constituição cultural e o de direitos culturais.

São eles:

- a) A cultura como expressão da identidade de uma comunidade, de um povo;
- b) A cultura como educação, ciência e cultura *stricto* ou *strictissimo sensu*;
- c) A cultura como tudo quanto não recai na educação e na ciência ou, em termos positivos, como criação e fruição de bens de cultura.

⁴ *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998, trad. castelhana *Introducción a la Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000.

⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, p. 83.

⁶ *Ibidem*, p. 85.

2. Cultura e Política

I – A cultura não se confunde com a política, mas, devido à sua relevância colectiva, os poderes públicos não lhe são, nunca lhe foram indiferentes, como se observa na Grécia e em Roma, no Renascimento e no Despotismo esclarecido, sobretudo no nosso tempo⁷.

As posições do Estado perante os fenómenos culturais – variáveis consoante as épocas, as áreas e os regimes políticos – sumariam-se, assim, por graus crescentes de intervenção:

- relativa indiferença;
- mera regulação externa, reconhecimento, garantia;
- apoio, favorecimento, promoção;
- tutela;
- direcção;
- absorção.

II – Muito em especial cabe considerar as relações dos regimes políticos com a cultura, que tipo de políticas culturais conduzem os diversos regimes políticos em razão da sua índole própria.

O critério básico de distinção é o da liberdade (da liberdade política e da liberdade cultural). Mas importa, para este efeito, considerar também três outros – o da relação com a religião, o da relação com a economia e o da estrutura da Administração pública.

E conhecem-se as grandes taxonomias:

- quanto à liberdade, regimes liberais, autoritários e totalitários;
- quanto à relação com a religião, regimes de identificação entre Estado e religião, de não identificação e de oposição ou, com mais directo interesse nos tempos modernos, regimes de união entre o Estado e certa confissão religiosa, de separação e laicistas;
- quanto à relação com a economia, regimes de economia de mercado e de direcção central total ou, noutra perspectiva, regimes liberais, de Estado social de Direito, corporativos e colectivistas;
- quanto à estrutura da Administração, regimes centralizados e descentralizados e com concentração ou com desconcentração.

Por outro lado, para lá das grandes concepções filosóficas e ideológicas, em cada país há que contar com a sua tradição, a sua experiência histórica e os factores políticos, económicos e culturais diversos⁸.

⁷ Retomamos, em parte, neste número e nos nºs 3 e 4 o que escrevemos em *A Constituição e o património cultural*, cit., loc.cit., p. 253 e ss.

⁸ Donde, modelos bem diferenciados de políticas culturais:

– Em França e em geral nos países latinos, uma política cultural liberal, laica e, por vezes, laicista, com forte intervenção estatal e centralizadora;

3. A Cultura e a Constituição

I – Sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição.

Do mesmo modo que, ao garantirem a propriedade e a liberdade de comércio e indústria, as Constituições do século XIX confirmavam certa ordem económica (a do liberalismo individualista e concorrencial), também, ao garantirem a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, salvaguardavam certa ordem cultural (a do liberalismo político e do iluminismo ou pós-iluminismo). Mais ainda: convictos de que, sem educação, a liberdade não poderia vingar, os liberais preocuparam-se com a criação de escolas, por vezes em normas programáticas das Constituições.

Mas é apenas o Estado social que introduz de pleno os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos económico como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura e, em último turno, de transformação da condição operária; e que, para os tornar efectivos, prevê múltiplas incumbências dos poderes públicos.

E, assim como se cuida da Constituição económica, também se cuida agora da Constituição cultural como conjunto de princípios e preceitos com relativa autonomia, respeitantes a matérias culturais. E não falta quem preconize que se fale, doravante, em Estado de cultura⁹.

II – Estas expressões *Constituição cultural* e *Estado de cultura* devem ser encaradas com certa prudência.

Considerar uma Constituição cultural (ou uma Constituição económica, uma Constituição penal ou uma Constituição eleitoral) pode revelar-se útil, na tríplice medida em que propicia uma mais nítida consciência do escopo da Constituição, em que permite um aprofundamento da análise das pertinentes normas constitucionais e em que serve de apoio para a imprescindível ponte entre essas normas e as normas de legislação ordinária que lhes correspondem. Não deve, contudo, acarretar a pulverização, a perda de unidade sistemática da Constituição ou o retorno a uma mera exegese.

Não há uma Constituição de direitos fundamentais independente da Constituição dos poderes e o Estado de Direito implica, precisamente, uma determinada

– Na Grã-Bretanha e, em geral, nos países anglo-saxónicos, uma política liberal, não laicista, com pouca intervenção estatal e descentralizadora;

– Na antiga União Soviética e, em geral, nos países com regimes marxistas-leninistas, uma política totalitária, laicista, planificadora e centralizadora;

– Na Alemanha após 1949, uma política liberal, não laicista, com mitigada intervenção estatal e descentralizadora;

– Em Portugal no regime de Salazar, uma política autoritária, não laicista com forte intervenção do Estado e centralizadora.

⁹ Cf., por exemplo, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di culture nella Costituzione italiana*, Nápoles, 1961: o Estado de cultura seria aquele que assentaria no desenvolvimento da cultura e na liberdade cultural. E a Constituição bávara de 1946 fala em “Estado de Direito, de cultura e social”.

conformação recíproca. Não existe uma Constituição cultural independente da Constituição política ou uma Constituição penal à margem da Constituição administrativa. E até quando os princípios respectivos tenham origens e formulações aparentemente discrepantes (em Constituições compromissórias) não podem ser lidos e entendidos senão no contexto da mesma Constituição material¹⁰.

Quanto à fórmula *Estado de cultura*, por melhores que sejam as intenções, justifica-se rejeitá-la pelos riscos inversos, ou de se pôr a cultura ao serviço do Estado ou da ideologia dominante no Estado, sacrificando a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais; ou de se pôr o Estado (aparentemente) ao serviço dos agentes culturais, suscitando dependências e secando as iniciativas vindas da sociedade civil. E ambos estes riscos estão esconjurados pela Constituição de 1976.

4. A Cultura ao Longo das Constituições Portuguesas

I – Sem esquecer as políticas da língua, do ensino, das artes e da ciência que marcaram todas as fases da história do Estado Português antes do constitucionalismo (desde D. Dinis a D. Maria I, desde D. João III ao Marquês de Pombal), justifica-se, sobretudo, um conspecto do tratamento da cultura nas nossas seis Constituições escritas modernas.

Naturalmente, a observação mostra-nos, mais uma vez aqui, o contraste entre as quatro Constituições liberais de 1822, 1826, 1838 e 1911, a Constituição autoritária de 1933 e a Constituição democrática de 1976.

II – A Constituição de 1822 prescrevia a existência “em todos os lugares onde convier” de escolas primárias suficientemente dotadas (artigo 237º) e de estabelecimentos para o ensino das ciências e artes (artigo 238º); declarava livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público (artigo 239º); cometia às câmaras municipais “cuidar das escolas de primeiras letras” (artigo 223º, IV); e cominava a incapacidade eleitoral dos que, para o futuro, chegando à idade de vinte e cinco anos, não soubessem ler e escrever, se tivessem menos de dezassete anos quando se publicasse a Constituição (artigo 33º, VI).

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 trouxeram como novidade a instrução primária gratuita (artigos 145º, §30º, e 28º-I, respectivamente) e a garantia da propriedade intelectual (artigos 145º, §24º, e 23º, §4º).

A Constituição de 1911 impôs a obrigatoriedade do ensino primário elementar (artigo 3º, nº 11).

III – As duas grandes diferenças da Constituição de 1933 em face dos anteriores – a abertura a direitos positivos e à intervenção do Estado e a limitação das liberdades – patenteiam-se bem no domínio da cultura.

A República baseia-se no “livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização” (artigo 5º); o título IX da parte I trata “Da educação, ensino e cultura nacional”; e o Estado obriga-se a facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir

¹⁰ *Manual ...*, II, *cit.*, p. 289.

a educar os filhos (artigo 13º, nº 4) e a manter escolas de todos os graus e institutos de alta cultura (artigo 43º). Em contrapartida, a liberdade de ensino fica sujeita a lei especial (artigo 8º, §2º) e as artes e as ciências devem respeitar a Constituição, a hierarquia e a acção coordenadora do Estado (artigo 43º, §2º).

Mas, pela primeira vez entre nós – e quase sem paralelo no estrangeiro – a Constituição (embora estranhamente no título sobre domínio público e privado do Estado) declara “sob protecção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objectos artísticos oficialmente reconhecidos como tais” e proíbe a sua alienação a favor de estrangeiros (artigo 52º).

IV – Por último, no tocante à Lei Fundamental de 1976, não menos se exibem as suas características de extensão, intensidade e complexidade de regulamentação.

Tendo em conta a dicotomia *direitos, liberdades e garantias – direitos económicos, sociais e culturais*, encontram-se direitos concernentes à cultura tanto numa como noutra sede (títulos II e III da parte I).

Como elementos novos contam-se, sobretudo, um preceito específico sobre liberdade de criação cultural, donde constam os direitos de autor (artigo 42º), a vedação ao Estado de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43º, nº 2); e um capítulo só sobre direitos culturais (direitos *positivos* culturais), com incumbências ao Estado no domínio da ciência, da democratização da educação e da cultura e da protecção do património cultural (artigos 73º e segs.).

A primeira, a segunda, a quarta e a quinta revisões constitucionais trariam alterações e aditamentos significativos, em especial eliminando um ou outro elemento ideológico-proclamatório; explicitariam o direito de criação de escolas particulares e cooperativas; formulariam um artigo muito abrangente sobre fruição cultural; e prescreveriam incumbências do Estado concernentes à língua portuguesa.

5. A Identidade Cultural na Constituição

I – A cultura enquanto expressão de identidade do povo português transparece no texto constitucional actual:

- no artigo 9º, quando declara tarefas fundamentais do Estado proteger o património cultural¹¹ e assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa [alíneas e) e f)];
- no artigo 11º, nºs 2 e 3, quando constitucionaliza os símbolos nacionais;
- no artigo 11º, nº 3, quando formaliza o estatuto de língua oficial da língua portuguesa;
- nos artigos 7º, nº 4, 15º, nº 3 e 78º, nº 2, alínea d), quando prevê laços privilegiados e estatutos especiais relativamente aos países de língua portuguesa;

¹¹ Cf., em geral, a obra colectiva já citada *Direito do Património Cultural*, Oeiras, 1996, e JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra, 2004.

- no artigo 66º, nº 2, quando incumbe o Estado de classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico e de promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas [alíneas c) e e)];
- no artigo 74º, alínea h) e i), quando incumbe o Estado de proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural, e de assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa;
- no artigo 78º, nº 1, quando contempla o dever de todos de preservar, defender e valorizar o património cultural e no artigo 52º, nº 3, quando confere a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa do património cultural, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra o património cultural [alínea a)];
- no artigo 78º, nº 2, quando incumbe o Estado de promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-a elemento vivificador da identidade cultural comum [alínea c)];
- no artigo 225º, nº 1, quando fundamenta o regime político-administrativo próprio dos Açores e da Madeira também nas suas características culturais¹².

6. A Educação, a Ciência e a Cultura na Constituição

I – A Constituição dedica numerosas normas à educação, à ciência e à cultura em dois lugares: no dos direitos, liberdades e garantias (artigos 42º e 43º) e no dos direitos económicos, sociais e culturais (artigos 73º e segs.). Fá-lo segundo esta dicotomia, ao invés do que acontece com outras Constituições¹³.

Remetendo para anteriores estudos o tratamento das matérias da educação¹⁴ e não considerando agora especificamente os concernentes à ciência, importa apenas referir aqui dois pontos.

O primeiro é a norma, segundo a qual o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43º, nº 2). A segunda a que, para assegurar o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural, chama à colaboração os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e os outros agentes culturais [artigos 73º, nº 3, e 78º, nº 1, corpo, e alínea b)].

Por força destas normas, Portugal não poderia ser qualificado de Estado de cultura no sentido que tememos que a esta expressão alguns tenderiam a dar.

¹² A nível orgânico, acrescentem-se a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República sobre os símbolos nacionais [artigo 164º, alínea s)] e a reserva relativa sobre as bases do sistema de protecção do património cultural [artigo 165º, nº 1, alínea g)].

¹³ Como a brasileira que os concentra num único capítulo do título da ordem social (artigos 205º e ss.).

¹⁴ *Manual ...*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 429 e ss.

II – Corolário do princípio geral do pluralismo inerente ao Estado de Direito democrático, o artigo 43º, nº 2¹⁵, significa a não identificação com qualquer filosofia, estética, política, ideologia ou religião, sendo vedado elevar qualquer delas a conteúdo da acção do Estado no âmbito educativo e cultural.

Ou, como foi afirmado com clareza na Assembleia Constituinte, está aí “a recusa de filosofia, de estética oficial, de ideologia oficial e de religião oficial” e “a recusa de *controlo* político do conteúdo da cultura e da educação” e “da unicidade em matéria cultural”¹⁶. “A liberdade cultural é um direito individual. A isenção doutrinária do Estado um dever do Estado para com a colectividade”¹⁷.

Mas esta regra – o contrário seria absurdo – não impede o Estado de desenvolver políticas públicas, independentemente daquelas directrizes, ligadas umas à identidade nacional (acabadas de ver), outras à realização do Estado de Direito democrático e outras ainda à democratização da educação e da cultura (artigos 73º e segs.). A não identificação (ou, doutro prisma, a neutralidade) não impede o Estado, nomeadamente, de promover uma educação que contribua para o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade e para a participação democrática na vida colectiva (artigo 73º, nº 2, e artigo 26º, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Os objectivos e valores a que aqui se apela são coessenciais à ordem constitucional democrática, não fazem mais do que recortar o quadro básico em que o contraditório inerente a uma sociedade livre deve desenvolver-se e o Estado não lhes pode ser indiferente. É neste quadro básico que podem manifestar-se e conviver todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas.

III – Quanto à norma do artigo 73º, nº 3, o seu alcance consiste em, negando o exclusivismo do Estado, abrir a porta às iniciativas culturais das diversas formações sociais aí mencionadas e, porque não é taxativo, de quaisquer outros grupos ou instituições presentes na sociedade civil, como as famílias [artigos 36º, nº 5, e 67º, nº 2, alínea c)], as confissões religiosas (artigo 41º, nº 5), as organizações de trabalhadores [artigo 58º, nº 2, alínea c)], as organizações juvenis (artigo 70º, nº 3) ou as organizações de cidadãos portadores de deficiência (artigo 71º, nº 3).

É norma coerente com outras que, similarmente, apelam à colaboração de grupos de interessados na efectivação de direitos económicos, sociais e culturais: as associações de consumidores (artigo 60º, nº 3), as associações representativas de beneficiários de segurança social (artigo 63º, nº 2), as associações de defesa do ambiente (artigo 66º, nº 2), as associações de famílias [artigo 67º, nº 2, alínea g)], as associações e colectividades desportivas (artigo 79º, nº 2).

¹⁵ Tal como o artigo 43º, nº 2, que declara o ensino público não confessional (o que não impede, verificadas certas condições, a abertura ao ensino religioso quando ministrado pelas próprias confissões).

¹⁶ Deputado Sottomayor Cardia, *in: Diário*, nº 61, de 10 de Outubro de 1975, p. 1879.

¹⁷ Deputado Sottomayor Cardia, *ibidem*, p. 1888. No debate (p. 1877 e ss.) intervieram também na mesma linha os Deputados Costa Andrade e José Augusto Seabra e em posições antagónicas ou diferentes os Deputados Sousa Pereira, Vital Moreira, Francisco Miguel e Manuel Gusmão.

7. A Cultura *Stricto Sensu* na Constituição

A cultura *stricto* ou *strictissimo sensu* aparece no texto constitucional:

- no artigo 42º, ao garantir a liberdade de criação cultural e os direitos de autor;
- no artigo 58º, alínea c), ao incumbir o Estado de promover a formação cultural dos trabalhadores;
- no artigo 70º, sobre juventude;
- no artigo 72º, nº 2, sobre terceira idade;
- nos artigos 73º, nº 1, e 78º, nº 1 e nº 2, alínea a), ao declarar o direito de todos à fruição e criação cultural;
- no artigo 74º, nº 2, alínea d), ao incumbir o Estado de garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados da criação artística;
- no artigo 78º, nº 2, alínea a), 2ª parte, ao incumbir o Estado de corrigir as assimetrias existentes no país quanto aos meios e instrumentos de acção cultural;
- no artigo 78º, nº 2, alínea b), ao incumbir o Estado de apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva nas suas múltiplas formas e expressões e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade¹⁸;
- no artigo 78º, nº 2, alínea e), 2ª parte, ao incumbir o Estado de assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
- no artigo 90º, ao impor a coordenação dos planos de desenvolvimento económico e social com a política cultural.

8. Quadro dos Direitos Culturais

A Constituição reserva o termo *direitos culturais* para os consignados no capítulo III do título III da parte I. Não são, de modo algum, os únicos e justifica-se estabelecer um quadro mais amplo, esteado no seu contexto global.

Afastando da análise a liberdade de aprender e ensinar e o direito à educação, encontramos três categorias básicas:

- a) Direitos relativos à identidade cultural;
- b) Liberdades culturais¹⁹;
- c) Direitos de acesso aos bens culturais.

Não parece adequado falar, compactamente, em direito à cultura²⁰, por causa da diversidade desses direitos e porque a expressão melhor se ajustaria aos direitos do terceiro grupo.

¹⁸ Nesta incumbência deve inserir-se o poder de exigir programas e espaços culturais de qualidade no serviço público de rádio e televisão (artigos 38º, nº 5 e 73º, nº 3).

¹⁹ Cf. PETER HÄBERLLE, *Verdad y Estado constitucional*, trad., México, 2006, p. 119 e ss.

²⁰ De resto, em rigor, não existe um direito à cultura, como não existe um direito à saúde; o que há é um feixe de direitos de liberdade e de acesso à cultura, tal como há um direito à protecção da saúde.

9. Direitos Relativos à Identidade Cultural

I – Direitos relativos à identidade cultural são:

- o direito à identidade cultural como componente ou desenvolvimento do direito à identidade pessoal²¹ ou, mesmo, do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1), pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum [artigo 78º, nº 2, alínea c)] faz parte também da individualidade de cada pessoa;
- o direito de uso da língua, sabendo-se como a língua materna, por seu turno, é o primeiro elemento distintivo da identidade cultural²²;
- o direito de defender, especialmente em juízo, o património cultural [artigo 52º, nº 3, alínea a)].

Afirmar estes direitos – e os correlativos deveres – torna-se particularmente necessário no contexto de uma integração europeia, em que importa salvaguardar o estatuto da língua portuguesa como língua de vocação universal; e em face de uma globalização, em que o domínio dos meios audiovisuais e cibernéticos acompanha a hegemonia política e financeira.

II – Os não portugueses que se encontrem ou residam em Portugal (artigo 15º) também têm direito à sua identidade cultural. No entanto, no seu exercício têm de compaginar com a própria inserção na vida colectiva, o que pressupõe o conhecimento e o uso da língua portuguesa [artigos 9º, alínea f), e 11º, nº 3] e o respeito pelos princípios da Constituição e da ordem pública portuguesa.

Um correcto multiculturalismo requer diálogo, reconhecimento de diferenças, tolerância e comunicação entre culturas para enriquecimento recíproco; não criação de espaços e de grupos fechados, auto-ensimesmamento, recusa de participação e de interesses comuns²³.

10. As Liberdades Culturais

I – Liberdades culturais são:

- a liberdade de criação cultural (artigos 42º, 70º, nº 2, e 78º, nº 1);

²¹ Assim, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 285.

²² Cf., entre tantos, JONATHAN POUL, *The Official Language Problem*, in: *American Political Science Review*, Junho de 1991, p. 495 e ss.; *Langues et Droits – Langues du Droit, Droit des Langues*, obra colectiva, Bélgica, 1999; VALERIA PIERGIGLI, *Lingue minoritaria e identità culturale*, Milão, 2001; *Langues et Constitutions*, obra colectiva, Paris-Aix, 2004; CHRISTIAN LEHMANN, *On the value of a language*, in: *European Review*, vol. 14, nº 2, Maio de 2006, p. 151 e ss. V. também ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS (a quem prestamos saudosa homenagem), *Algumas considerações sobre o Direito e a língua ou a ignorância dos juristas não aproveita a ninguém*, in: *Scientia Juridica*, 2001, p. 19 e ss.

²³ Como sublinha JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbestekung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996, trad. francesa *L'intégration républicaine*, Paris, 1998, p. 93: "O direito democrático à autodeterminação inclui o direito de preservar a sua própria cultura política, mas não inclui o direito de afirmar uma forma de vida cultural privilegiada. No contexto de uma Constituição de Estado de Direito democrático, diversas formas de vida podem coexistir, beneficiando de direitos iguais. Importa, porém, que se revejam numa cultura política comum aberta a impulsos vindos de formas de vida novas". Cf. ainda os outros autores citados em *Manual ...*, III, 5ª ed., Coimbra, 2004, p. 75 e LUÍSA LEAL DE FARIA, *A questão do multiculturalismo nos Estados Unidos e na Europa: semelhanças e diferenças*, in *Europa – Globalização e multiculturalismo*, obra colectiva, Vila Nova de Famalicão, 2006, p. 199 e ss.

- a liberdade de divulgação de obras culturais (artigo 42º, nº 2);
- a liberdade de fruição cultural, liberdade de acesso aos bens de cultura, sejam os meios e instrumentos de acção cultural (literatura, música, teatro, cinema etc.), sejam os bens do património cultural [artigo 78º, nº 1 e nº 2, alínea a)];
- a liberdade de iniciativa cultural, liberdade de promover eventos culturais (edição de livros, concertos, exposições, etc. [artigos 73º, nº 3, e 78º, nº 2, corpo e alínea b)].

Complementarmente:

- a liberdade de associação e fundação cultural (artigos 46º e 73º, nº 3);
- a liberdade de iniciativa económica cultural [artigos 61º, 73º, nº 3, e 78º, nº 2, corpo e alínea b)], abrangendo a liberdade de mecenato.

Como garantia:

- a proibição da censura (artigo 37º, nº 2).

E como garantia institucional conexas:

- a protecção legal dos direitos de autor (artigo 42º, nº 2, 2ª parte).

II – A liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica é, antes de mais, uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade (cf. artigo 26º, nº 1)²⁴.

Pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objecto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado.

Mas para que seja possível *produzir* cultura torna-se necessário *receber* cultura, o que implica educação. Não há liberdade de criação cultural sem liberdade de aprender, e também de ensinar (artigo 43º, nº 1); assim como não se torna uma liberdade acessível a todos sem direito à educação (artigos 73º e segs.).

III – Esta liberdade é indissociável da liberdade de expressão e da liberdade de fruição cultural.

Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão, sem a liberdade de comunicar aos outros e de divulgar, dentro e fora da comunidade nacional, o resultado da criação (nº 2, 1ª parte). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão tanto pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções.

Sem criação, não pode verificar-se fruição cultural. Tal como, reciprocamente, só poderá criar cultura quem fruir cultura. Daí a interdependência de liberdade de criação e de liberdade de fruição cultural, que deve, portanto, sem prejuízo do que dispõe o artigo 78º, ter-se por implícita no artigo 42º.

IV – Na maior parte dos casos, justamente pela necessidade de comunicação, a criação cultural implica a disponibilidade de meios de variadíssima natureza – edição de livros ou de discos, produção de cinema, de teatro ou de outros espectáculos, exposições etc.; e, quanto à ciência, equipamentos adequados de investigação.

²⁴ Seguimos aqui as nossas anotações em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 452 e ss.

A liberdade dos criadores, a liberdade de arte, literatura e ciência implica então a liberdade dos habitualmente chamados operadores culturais. Sem a liberdade de iniciativa e de organização destes – correlacionada com liberdade de iniciativa empresarial – impedem-se ou diminuem-se drasticamente quer a fruição quer a criação cultural.

V – A liberdade de criação cultural não sofre condicionamentos ou restrições. E também não a liberdade de divulgação ou expressão cultural, não sujeita não apenas a censura como a direito de resposta, de rectificação e de indemnização (artigo 37º, nº 4).

Mas a liberdade de divulgação está sujeita aos limites constantes do artigo 29º, nº 2, da Declaração Universal, quando se sirva dos meios de comunicação social²⁵: tem de respeitar os direitos dos outros e as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

VII – A garantia institucional dos direitos de autor surge como elemento ou como corolário do direito de invenção, produção e divulgação da obra cultural²⁶. Caracterizam-na:

a) A sua amplitude – ficam garantidos tanto os direitos *morais* como os direitos *materiais* de autor, sendo aqueles os que se ligam à paternidade, genuinidade e integridade da obra e estes os respeitantes à sua disposição, fruição e utilização (artigo 9º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos);

b) Ao contrário, portanto, do que se verifica com a propriedade sobre coisas corpóreas (artigo 62º), a ligação directa e imediata desses direitos materiais à liberdade – mas, do mesmo passo, e agora em consonância com o favor prestado pela Constituição a algumas formas de propriedade, a sua ligação ao trabalho (a propriedade intelectual é sempre fruto do trabalho).

Enquanto espaço de autonomia pessoal perante o poder público, a propriedade privada (sobre coisas corpóreas) tem uma natureza que se reconduz à dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, os direitos de autor não só traduzem em si mesmo essa autonomia como derivam essencialmente do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação. E é, por isso, que eles recebem, à luz da ideia de Direito da Constituição de 1976, uma protecção mais alargada ou reforçada.

VIII – Nas liberdades culturais, como em quaisquer liberdades, prevalecem a dimensão negativa e a *facultas agendi*.

Não obstante, não são secundárias a dimensão positiva e a *facultas exigendi* aos poderes públicos – de organização do sistema de ensino, de preservação do património cultural, de protecção dos direitos de autor.

²⁵ Ou quando se sirva de padrões comunicativos próprios de outras linguagens (EDUARDO ANDRÉ FOLQUÉ FERREIRA, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, p. 283).

²⁶ Cf. JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, in: *Direito e Justiça*, 1994, I, p. 47 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos de autor e direitos fundamentais*, in: *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, p. 181 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo*, in: *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 217 e ss.

11. O Direito de Acesso aos Bens de Cultura

O direito de acesso aos bens de cultura compreende:

- direito à formação cultural em geral, que se reconduz ao direito à educação e ao ensino (artigos 73º, nºs 1 e 2, 74º, e 76º, nº 1);
- direito à fruição cultural compreendendo o direito de acesso ao património cultural [artigo 78º, nº 1 e nº 2, alínea a), 2ª parte, e alínea b), 2ª parte, e, em especial, artigo 72º, nº 1].

Já no atinente à criação cultural domina o elemento objectivo das incumbências do Estado [artigos 74º, nº 2, alíneas d) e h), 78º, nº 2, alínea b), 1ª parte, e, em especial, artigos 58º, nº 2, alínea c), e 72º, nº 1, alínea a), e nº 2].

Todos estes direitos e incumbências reconduzem-se à ideia de *democracia cultural* (artigos 2º, *in fine*, e ainda 73º), *incindível, porém, da liberdade cultural*²⁷ – porque assim o exigem a unidade e a coerência do Estado de Direito democrático.

Tão universais como os direitos, liberdades e garantias, os direitos culturais podem assumir, porém, projecções diversificadas em razão das condições concretas das pessoas porque, em última análise, visam a que todos usufruam da cultura como expressão de liberdade e de qualidade de vida [ainda artigo 9º, alínea d)]²⁸.

12. O Direito da Cultura

A Constituição não esgota o tratamento jurídico da cultura. Longe disso, abundam, em Portugal como nos demais países, normas de legislação ordinária e regulamentares que dela se ocupam, a ponto de fazer todo o sentido recortar um Direito da Cultura – justamente unificado a partir das normas constitucionais.

À semelhança do Direito da Educação, do Direito do Ambiente e de outros conjuntos normativos alvo de elaboração doutrinal e jurisprudencial nas últimas décadas, esse Direito da Cultura não é um ramo autónomo; é, sim, transversal a diversos ramos, como o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal e Contra-Ordenacional.

Há um Direito administrativo da cultura que se decompõe em Direito da Língua, Direito do Património Cultural e Direito dos Espectáculo e que tem laços fortes com o Direito do Ambiente e com o Direito do Ordenamento do Território²⁹. Assim como há um Direito Privado da Cultura, que se confunde com o Direito de Autor. m Direito Fiscal da Cultura, em que entra o mecenato. E um Direito Penal e Contra-Ordenacional da Cultura, voltado sobretudo para a protecção do património cultural e dos direitos de autor.

²⁷ Cf., por todos, JOSÉ AUGUSTO SEABRA, Os direitos culturais na Constituição, *in: Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, III, Lisboa, 1979.

²⁸ Cf. *Manual ...*, IV, p. 104 e 105.

²⁹ Cf. CARLA GOMES, Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa, *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, p. 353 e ss., assinalando como traços comuns referirem-se a grandezas que se fruem, mas que não se possuem, com relevância comunitária e com sentido do presente e futuro e de solidariedade intergovernamental (p. 353 e ss.).

Expansão da Responsabilidade Civil Objetiva: Análise da (In)Adequação da Inserção no Ordenamento Jurídico de uma Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva

Leandro Navega*

Sumário

1. Introdução. 2. Expansão da Responsabilidade Civil Moderna. 2.1. Dimensões da Expansão. 2.2. Evolução da Responsabilidade Civil Subjetiva (Fundamentada na Culpa) para Responsabilidade Civil Objetiva (Fundamentada no Risco). 2.3. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Português. 2.4. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Brasileiro. 3. Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva. 3.1. Apresentação da Problemática. 3.2. Noções sobre o Conceito de Cláusula Geral e Sua Adoção nos Ordenamentos Jurídicos Modernos. 3.3. Análise da Inadequação da Utilização da Cláusula Geral na Hipótese da Responsabilidade Civil Objetiva. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar em pormenores o instituto da responsabilidade civil objetiva com enfoque na teoria do risco, no Direito Português e no Brasileiro, notadamente no tocante à forma que o legislador sistematizou as hipóteses de incidência desse instituto.

Antes de ingressar no polêmico tema proposto, será investigada a evolução da responsabilidade civil, do sistema subjetivo – com culpa – para o objetivo – sem culpa. Em seguida, identificar-se-ão as características de cada sistema (brasileiro e português), em conformidade com a perspectiva da teoria do risco. Estudar-se-ão, ainda, as cláusulas gerais de responsabilidade civil subjetiva nas legislações portuguesa e brasileira, bem como em outros ordenamentos jurídicos.

Proceder-se-á, também, à análise do sistema da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva e sua interpretação pela doutrina. Por fim, será enfrentada a questão do âmbito de aplicabilidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, e da incorreção da adoção da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, comparando-a com o sistema português.

* Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Membro do MPRJ. Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes.

2. Expansão da Responsabilidade Civil Moderna

2.1. Dimensões da Expansão

Um dos temas do direito privado que mais evoluiu, certamente em razão do aumento do número de ações e de mudanças na sociedade moderna, foi a responsabilidade civil. Hoje é possível afirmar que se está diante de verdadeira expansão desse ramo do direito privado, o qual tanto influencia as relações sociais atuais.

A doutrina visualiza algumas dimensões da expansão da responsabilidade civil, notadamente o aumento do potencial lesivo da sociedade, a ampliação do conceito jurídico de danos e de suas funções, a utilização da responsabilidade civil em campos que lhe eram estranhos – como, por exemplo, no direito de família – e o afã de proteção da vítima com a erosão dos filtros tradicionais da culpa, nexos causal e dano¹.

O aumento da incidência do seguro de responsabilidade civil em diversas situações, inclusive com hipóteses de sua celebração obrigatória, demonstra que o crescimento das situações de responsabilidade civil objetiva pela teoria do risco vem produzindo efeitos nas relações sociais.

2.2. Evolução da Responsabilidade Civil Subjetiva (Fundamentada na Culpa) para Responsabilidade Civil Objetiva (Fundamentada no Risco)

A responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, sempre foi o fundamento basilar de todos os ordenamentos jurídicos. A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal do agente² e, por isso, a sociedade, que clama por segurança jurídica, tendência a entender que somente poderia uma pessoa ser compelida a reparar o dano que causou na hipótese de ter agido de maneira reprovável, ao menos de modo culposos.

A ideia da responsabilidade fundada na culpa tem uma forte ligação com o respeito pela liberdade da ação humana e econômica, fundamentos dos princípios basilares da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. Assim sendo, o Código Civil Francês, conhecido por Código Napoleônico, editado em 1804 sob fortes influências da Revolução, preconizou como fundamento basilar do dever de reparar os danos causados a existência da culpa. É fato incontroverso que o Código Civil Francês influenciou outras legislações que preconizaram o mesmo sistema.

A doutrina discutiu muito acerca da definição do exato momento do início do desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil objetiva. É fato incontroverso a importância da doutrina francesa no desenvolvimento da teoria.

¹ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea* – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.717/730.

² VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I, p.566.

Aguiar Dias³, profundo conhecedor do tema, admite a primazia reclamada por Marton para a doutrina germânica, notadamente para Thomassius e Heinecius, ao sustentarem a possibilidade de responsabilização dos incapazes, independentemente de culpa; entretanto, aponta o trabalho de sistematização da doutrina francesa como propulsor da responsabilidade civil objetiva nos ordenamentos jurídicos. Segundo o Aguiar Dias, foram Salleiles e Josseland os precursores da teoria do risco. Diverge, ainda, dos irmãos Mazeud que sustentavam a existência de uma forte influência do positivismo penal em alguns partidários da teoria do risco. O principal fundamento da existência dessa teoria não é a influência do positivismo penal, mas sim o sentimento de solidariedade.

A revolução industrial, responsável pelo crescimento tecnológico e industrial, surge em um momento similar com a concretização da culpa como ponto central da existência do dever de reparar os danos. A revolução trouxe um novo tipo de acidente, agora anômalo e impessoal⁴. Ao mesmo tempo em que ela – a culpa – confere segurança jurídica às pessoas, em outras situações, cria uma imensa dificuldade para alguns lesados verem seus danos reparados. A prova da culpa do lesante, considerando a complexidade das etapas da produção industrial e das evoluções tecnológicas, transformou o elemento propulsor de uma segurança jurídica em obstáculo para a concretização da justiça.

Nos ensinamentos de Antunes Varela, “Torna-se necessário, quando assim seja, temperar o pensamento clássico da culpa com certos ingredientes sociais de caráter objetivo”⁵. A responsabilidade objetiva pelo risco está ligada à ideia de justiça distributiva segundo a qual quem tira o lucro ou de certa forma se beneficia da atividade perigosa criada, causando prejuízos a terceiros, deve suportar os correspondentes encargos⁶. Assim sendo, o direito claramente modifica o seu enfoque; deixa de olhar para o lesante, passando a dar mais atenção à figura do lesado e do próprio dano.

A visualização dessa dicotomia é de extrema importância para a evolução da responsabilidade civil. Ao se verificar que a análise estática da culpa em todos os casos geraria uma grande injustiça, passa-se a aferir conjuntamente o dano. Nessa análise verifica-se a necessidade de aprimoramento do sistema, visto que em algumas situações exigir do lesado a prova da culpa do lesante é conferir a este um ônus tão difícil, que geraria uma grande injustiça no sistema. Segundo Larenz, a ilicitude é o pressuposto fundamental da responsabilidade civil subjetiva, ao passo que a teoria do risco prescinde da ilicitude⁷.

As injustiças geradas pela dificuldade da comprovação da culpa pelo suposto lesante não ensejou o surgimento automático da previsão da responsabilidade civil objetiva. É possível visualizar que a doutrina e a jurisprudência percorreram um longo caminho até o aumento das hipóteses legais da previsão do dever de reparar o dano, independentemente da culpa.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. I, p.41-90.

⁴ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983. p.11.

⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.631.

⁶ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.11.

⁷ *Ibidem*, p.13/20.

Diante desses fatos, as legislações começaram a preconizar, inicialmente, a possibilidade da inversão do ônus da prova em algumas situações. Cuida-se da chamada responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida. Nesse caso, não cabe mais ao lesado comprovar a conduta inadequada do suposto autor do dano. O ônus da prova passa a recair contra esse último, e, em face dessa inversão, transfere-se ao suposto causador do dano o dever de comprovar a atuação em conformidade com os deveres objetivos de cuidado, ou seja, sem culpa, sob pena de ser compelido a reparar o dano causado. No presente caso, a culpa ainda pode ser discutida, diferente do que acontece na responsabilidade objetiva.

Outra forma de diminuir as injustiças geradas pelo rigor da prova da culpa encontra-se em um alargamento da adequação de alguns fatos às hipóteses de responsabilidade civil contratual. Alguns doutrinadores passaram a defender que em certas situações, como por exemplo, no transporte de passageiros, a ocorrência de danos em razão de acidentes gerava o descumprimento do contrato de transporte. Em tal negócio jurídico existia um núcleo essencial – a obrigação de levar o passageiro incólume ao seu destino –, e seu descumprimento, por si só, já fazia nascer o incumprimento contratual e o dever de reparar o dano. O raciocínio ora exposto também era aplicado nos danos ocorridos durante o trabalho, no qual também vigorava um contrato entre empregado e empregador⁸.

A teoria da culpa presumida e a ampliação da incidência das regras da responsabilidade civil contratual foram incontestáveis avanços à mitigação do rigor da teoria subjetivista, que, como já dito, gerava várias injustiças na aplicação das regras de reparação do dano.

Nesse ponto, é inegável a importância dos estudos da Responsabilidade Civil no Direito Francês, no qual a grande batalha entre as teorias subjetiva e objetiva era travada. Discutia-se, inicialmente, qual delas deveria preponderar e ser aplicada; depois, começou-se a verificar a possibilidade da conjugação dos dois sistemas de forma conjunta. A convivência harmônica entre os dois sistemas é atualmente adotada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos; no entanto, é de vital importância tecer alguns comentários sobre os fundamentos doutrinários e históricos de tais divergências⁹.

Raymond Saleilles foi o grande propulsor da teoria objetivista fundada no risco ao interpretar, no ano de 1897, os artigos 1.382 e 1.384 do Código Civil Francês. Na verdade foi reconhecido por toda a doutrina à época, e pelo próprio autor posteriormente, o grande esforço realizado para tentar vislumbrar na legislação francesa uma regra objetiva. A conclusão de Saleilles é totalmente oposta a toda a doutrina que enxergava na expressão *faute* o elemento subjetivo anímico (culpa), fundamento basilar da teoria da responsabilidade civil subjetiva. O enfrentamento do tema é de muita importância para o desenvolvimento da teoria do risco, visto que o autor demonstrava de maneira indiscutível as injustiças causadas pelo sistema legal.

⁸ Nesse sentido: MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.11/40.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.18/21.

A maioria dos autores franceses da época sustentava de maneira ferrenha a interpretação literal do Código Civil Francês de 1804 que possuía uma regra geral de responsabilidade civil subjetiva e, em razão disso, rechaçava por completo a adoção da teoria objetiva. A doutrina não extraía da expressão *faute* nenhuma conotação de objetivação da responsabilidade civil, mas sim a existência de uma cláusula geral da responsabilidade subjetiva¹⁰.

Posteriormente, a própria jurisprudência francesa passou a interpretar as regras do Código Civil de maneira extensiva, conferindo eficácia à teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco. A exegese francesa não excluía a responsabilidade subjetiva. Realizou-se um processo interpretativo de disposições do Código Civil, mantendo o princípio da culpa como regra basilar do sistema, e se admitiu a possibilidade de convivência no ordenamento jurídico dos dois sistemas, quais sejam, uma regra geral fundamentada na culpa e a incidência, excepcionalmente, de hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em que o autor do dano responde independentemente da culpa¹¹.

O alargamento feito pela jurisprudência francesa, que acolheu a interpretação extensiva do preconizado no artigo 1.384, nº I, do Código Civil, não ensejou o abandono da teoria subjetiva, mas sim o nascimento de um novo princípio objetivista que acompanhava a evolução da sociedade, principalmente no campo tecnológico e industrial, por intermédio da teoria do risco¹².

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos conjugam as duas teorias, logrando conferir a devida segurança jurídica no estabelecimento da regra geral da responsabilidade civil subjetiva, bem como acompanha a evolução da sociedade ao preconizar hipóteses legais de responsabilidade civil objetiva, a maioria, notadamente, com fundamento no risco.

A sedimentação da responsabilidade civil objetiva nos ordenamentos jurídicos, com fundamento na teoria do risco, tem ensejado uma nova discussão acerca da forma de previsão desse instituto. Por tratar-se de uma situação excepcional, visto que todos os sistemas ainda preconizam a responsabilidade civil subjetiva como regra, as hipóteses de responsabilidade sem culpa são aquelas previstas em lei. Essa conclusão sempre se coadunou com a segurança jurídica exigida pelo sistema. A ideia da culpa como cláusula geral reflete a necessidade do descumprimento de um dever objetivo de cuidado, que tendencia uma segurança nas relações sociais. As pessoas sabem que somente terão o dever de indenizar, em regra, caso atuem com culpa.

2.3. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Português

O artigo 483¹³ do Código Civil Português identifica o fundamento basilar da responsabilidade civil no sistema jurídico. Não existem dúvidas de que o citado

¹⁰ PREREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p.19.

¹¹ *Ibidem*, p.18.

¹² *Ibidem*, p.19.

¹³ "Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação."

dispositivo preconiza a cláusula geral fundamentada na culpa. A análise da própria regra demonstra que, para configuração da responsabilidade civil, com o surgimento do dever de indenizar, faz-se necessária a incidência de alguns pressupostos.

Os pressupostos, segundo a doutrina majoritária, são os seguintes: a) a existência de um fato voluntário do agente; b) a ilicitude desse fato; c) a imputação do fato ao lesante; d) a ocorrência de um dano; e) a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano¹⁴.

Na responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, o elemento culpa não é utilizado na aferição do dever de indenizar. A diferença para a responsabilidade subjetiva é exatamente essa. Além desse fato, questão discutida na doutrina portuguesa é se a responsabilidade civil objetiva prescinde da ilicitude.

Interessante verificar se no momento da graduação do dano, ou seja, na quantificação da indenização, é possível analisar a gravidade da culpa. A conclusão é extraída da interpretação das regras dos artigos 494 e 499 do Código Civil Português, que admite expressamente a graduação no caso de mera culpa do lesante. A aplicação do disposto no artigo 494 decorre de uma extensão do tratamento prevista no artigo 499, que determina a aplicação dos preceitos reguladores da responsabilidade civil por atos ilícitos às hipóteses de responsabilidade civil fundamentadas no risco.

No Direito Brasileiro não existe uma regra similar ao disposto no artigo 499 da legislação portuguesa a determinar a aplicação extensiva das regras da responsabilidade civil por atos ilícitos. A inexistência dessa norma não impede a possibilidade da análise da graduação da culpa no momento da fixação do *quantum* a ser indenizado. O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro permite que o magistrado reduza equitativamente a indenização, na hipótese de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa. A regra citada encontra-se no capítulo referente à indenização, e não existe nenhuma vedação para sua aplicação nas hipóteses da responsabilidade civil objetiva.

Saliente-se que não existe nenhuma incompatibilidade das regras constantes nas legislações brasileira e portuguesa com o conceito clássico da responsabilidade civil objetiva, em que o elemento culpa não é analisado para aferição da existência do dever de indenizar. A culpa continua sendo desnecessária para verificar se existirá ou não o dever de indenizar. O julgador somente a utilizará, juntamente com a extensão do dano, no momento de quantificar a indenização.

No Direito Português, Antunes Varela¹⁵ afirma que a doutrina já visualizava a necessidade do abrandamento do rigor da teoria clássica subjetivista fundamentada na culpa. E foi nas relações de trabalho que primeiro eclodiu a necessidade de socialização do risco, transferindo para os empregadores a responsabilidade da reparação dos danos sofridos pelos empregados. A evolução industrial e a tecnológica aumentaram os riscos dos empregados, que no início trabalhavam essencialmente de forma artesanal. O maquinário surgido com a revolução industrial e tecnológica aumentou os acidentes de trabalho e a exigência da prova da culpa para reparação do dano que ensejava, em

¹⁴ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.557.

¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.632/633.

rigor, uma grande injustiça. A complexidade dos equipamentos utilizados e a dificuldade de apontar a culpa do empregador ensejavam sempre o prejuízo ao trabalhador.

Diante desses fatos, começou-se a verificar a necessidade do redimensionamento do risco. “Quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém o risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício”¹⁶.

Sinde Monteiro aduz que foi nos acidentes de trabalho que a teoria do risco teve a sua primazia. Posteriormente houve um alargamento para os acidentes de circulação ferroviária, rodoviária e, por fim, aérea¹⁷.

Prima facie, transferiram-se para a seara da responsabilidade contratual os acidentes decorrentes das relações apontadas. A dificuldade de aplicação das regras da responsabilidade extracontratual subjetiva, em que caberia ao suposto lesado comprovar a culpa do autor do dano, tornava totalmente ineficaz a proteção. Já com a aplicação das regras da responsabilidade contratual, presumia-se que o acidente ocorrido gerava o descumprimento do contrato de trabalho pelo empregador, o que facilitava a reparação do dano e, por consequência, diminuía a grande injustiça do sistema¹⁸.

A legislação portuguesa, em consonância com outros ordenamentos jurídicos europeus e pautada nesse ideal de evolução, também visualizou a necessidade de aprimoramento da responsabilidade civil objetiva, o que foi densificado com a edição do Código Civil de 1966, que nos artigos 499 a 510 regulamentam a responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco, nomeadamente na responsabilidade do comitente, do Estado, em razão de danos causados por animais, por acidente de viação, e por instalações de energia nuclear ou gás.

Ressalte-se que no Direito Português as hipóteses de responsabilidade civil objetiva não estão incluídas somente no Código Civil. A legislação extravagante preconiza outras hipóteses de adoção da teoria do risco, conforme se verifica na responsabilidade civil do produtor, em face de danos ambientais, entre outros.

Na responsabilidade civil do produtor, em razão do grande progresso científico e tecnológico, verificou-se a imperiosa necessidade de uma evolução do sistema clássico da culpa para a teoria objetiva, fundamentada no risco.

A automação do processo produtivo, a produção em série e a distribuição em cadeia são demonstrações claras da dificuldade de se imputar a responsabilidade civil subjetiva ao produtor. O emprego de máquinas cada vez mais complexas e sofisticadas, a fabricação de produtos em massa e a existência de diversos atores na cadeia de produção e distribuição denotam a necessidade de se relativizar o elemento culpa, conforme se verifica no Decreto-lei nº 383/1989¹⁹.

¹⁶ *Ibidem*, p.633.

¹⁷ MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.10/13.

¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.631.

¹⁹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p.17/19.

A despeito de preconizar diversas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, especialmente fundamentada na ideia do risco, continua vigorando no ordenamento jurídico português a cláusula da responsabilidade civil subjetiva. A regra é a necessidade da comprovação da culpa para se obter o ressarcimento do dano causado. As hipóteses da responsabilidade objetiva, em que o agente responde independentemente da comprovação da culpa, são excepcionais e estão previstas de forma expressa na lei, conforme regra preconizada no artigo 483.

A legislação portuguesa não adotou, como existe atualmente na legislação brasileira, uma cláusula geral aberta da responsabilidade civil objetiva. As hipóteses de sua incidência estão previstas em lei, conferindo, por consequência, caráter de generalidade somente à responsabilidade subjetiva (nº 2 do artigo 483).

Almeida Costa imputa a razões de certeza e segurança jurídica o fato do legislador português preferir especificar na lei as atividades perigosas constituidoras de fontes de responsabilidade civil objetiva²⁰.

A opção do legislador português, em total consonância com a maioria dos ordenamentos estrangeiros, confere maior segurança jurídica ao indivíduo e demonstra, de maneira irrefutável, a excepcionalidade das hipóteses de objetivação da responsabilidade civil.

A afirmação do parágrafo anterior é corroborada por Antunes Varela, quando diz:

Assim o entendeu o novo Código Civil, proclamando a responsabilidade baseada na culpa como regime geral e limitando a responsabilidade objectiva (fundada no risco) aos casos de danos causados pelos comissários, pelos órgãos, agentes ou representantes do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, por animais, por veículos e por instalações de energia elétrica ou de gás²¹.

A regra do nº 2 do artigo 493²² do Código Civil Português não preconiza uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. A exegese do dispositivo é clara ao admitir a exclusão do dever de indenizar quando comprovado que o suposto autor “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias” com o fim de evitar a ocorrência do dano. Trata-se de verdadeira análise da culpabilidade do agente, incompatível com a ideia da objetivação da teoria do risco.

O parágrafo único do artigo 927 do Estatuto do Direito Civil Brasileiro possui uma regra que tendencia uma similitude com a existente na legislação portuguesa, entretanto, há uma diferença que torna os dois sistemas totalmente diferentes.

²⁰ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.614/615.

²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.636.

²² “483 - 2 – Quem causar dano a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizadas, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

Enquanto o ordenamento luso permite a discussão da culpa nos casos de incidência do nº 2 do artigo 493, o Código Civil Brasileiro, de maneira inovadora, criou uma cláusula geral aberta de responsabilidade objetiva, não permitindo, conseqüentemente, a discussão da culpa.

A inovação da legislação brasileira, que não encontra paradigma no Direito Comparado, constitui um grande equívoco do legislador, conferindo uma enorme insegurança jurídica às relações sociais com efeitos potencialmente lesivos, conforme será demonstrado no decorrer deste estudo.

2.4. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Brasileiro

A análise da responsabilidade civil no Direito Brasileiro necessita do estudo do Código Civil de 1916 e sua evolução até o advento do Código atualmente em vigor, que com a nova regra do artigo 927, parágrafo único, inova ao criar uma verdadeira cláusula geral aberta de responsabilidade civil objetiva.

O Código Civil de 1916, editado sob a influência do Código Civil e Napoleônico de 1804, inspirado nos ideais de responsabilidade civil subjetiva, estipulou no artigo 159 uma regra geral fundada na culpa, não prevendo nenhum tipo de normatização das espécies da responsabilidade objetiva. Assim sendo, as hipóteses da responsabilidade objetiva eram somente aquelas preconizadas expressamente em lei e, no caso brasileiro, notadamente nas legislações esparsas.

O Brasil, seguindo o fenômeno da estatutização do direito privado, criou diversos microsistemas legislativos e neles existiam regras expressas admitindo a responsabilidade civil objetiva, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Além disso, a Constituição Federal também preconizava hipótese da responsabilidade civil do Estado e dos seus prestadores de serviço, em razão de suas condutas comissivas.

O fato incontroverso é que o sistema anterior não previa uma regra geral de responsabilidade objetiva. As hipóteses eram aquelas expressamente preconizadas em lei, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

3. Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva

3.1. Apresentação da Problemática

O advento do Novo Código Civil Brasileiro, especialmente o previsto no artigo 927²³, parágrafo único, revolucionou e inovou a normatização da responsabilidade

²³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

civil objetiva. O ineditismo da previsão legal não encontra respaldo em nenhum outro ordenamento jurídico. Diante disso, de maneira comparativa, o presente trabalho pretende analisar eventual correção do sistema brasileiro, comparando-o com o sistema português.

Faz-se necessário, inicialmente, salientar que o parágrafo único do artigo 927 tem dois regramentos distintos. Na primeira parte do dispositivo, refere-se à possibilidade do legislador elencar outras hipóteses de responsabilidade objetiva, como ocorre no nº 2 do artigo 483 do Código Civil Português; na segunda, traz a aludida inovação. O legislador criou verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva, adotando a teoria do risco.

O legislador, em vez de elencar as hipóteses em que se aplicariam as regras da responsabilidade objetiva, preferiu transferir ao Judiciário o poder de decisão. No momento em que cria uma regra genérica e aberta com expressões “atividade normalmente desenvolvida” e “implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem” se escusa de tomar uma decisão que caberia ao próprio Poder Legislativo.

3.2. Noções sobre o Conceito de Cláusula Geral e Sua Adoção nos Ordenamentos Jurídicos Modernos

A utilização de cláusulas gerais abertas e conceitos jurídicos indeterminados, características identificadas por diversos doutrinadores no Novo Código Civil Brasileiro, é uma incontestável inovação, que propicia o acompanhamento jurisprudencial das evoluções da sociedade. A inserção dessas cláusulas é uma atualização de técnica legislativa, exigindo um cuidado especial do intérprete, eis que elas, por si sós, não significam transformação qualitativa do ordenamento, conforme salientado por Gustavo Tepedino. O renomado doutrinador assevera que outros ordenamentos jurídicos, como o Código Civil Alemão de 1896 e o Código Civil Italiano de 1942, e o próprio Código Comercial Brasileiro de 1850, possuem cláusulas gerais e elas não foram capazes, instantaneamente, de modificar o panorama do sistema jurídico, ressaltando a importância dos tribunais nessa exegese²⁴.

Além da necessidade de atenção especial no momento da exegese das cláusulas gerais, conforme salientado por Gustavo Tepedino, é imprescindível que o legislador também não banalize a sua utilização, criando um sistema essencialmente aberto, que, sem sombra de dúvida, é totalmente inseguro para as relações pessoais.

A questão é saber até que ponto a utilização de referido mecanismo legislativo não cria para a sociedade uma situação de insegurança jurídica superior ao seu objetivo. No Direito Privado, principalmente, a utilização das cláusulas gerais deverá ser sempre priorizada? É essa a melhor forma de regulamentar as relações jurídicas privadas? É com essa perspectiva que se deve analisar a clara incorreção da adoção de expressões vagas no artigo 927, parágrafo único, bem como a necessidade da realização de uma exegese restritiva.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.8.

No tocante ao tema, faz-se necessário um pequeno aprofundamento no estudo das cláusulas gerais.

Saliente-se que na cláusula geral existe uma indeterminação legislativa nos dois extremos da estrutura lógico-normativa. Trata-se de uma espécie de texto normativo, em que a hipótese fática antecedente se compõe por termos vagos, e o seu efeito jurídico, por consequência, é indeterminado.

Não é pacífico na doutrina que a consequência deva ser indeterminada. Segundo entendimento esboçado da Professora Cláudia Lima Marques, é possível que as cláusulas gerais venham naquelas regras em que o legislador já estipulou uma consequência jurídica, cabendo ao julgador, aquele que irá colmatar a norma, preencher somente a indeterminação da situação fática relatada, uma vez que a consequência já se encontra prevista em lei. O exemplo acertadamente fornecido é o preconizado no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse dispositivo existe a consequência jurídica determinada, entretanto, o legislador apresenta situações fáticas abstratas que necessitam de uma complementação pelo julgador ao usar a seguinte expressão: “consequências iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”²⁵.

As cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser referentes aos valores ou à realidade fática. No tocante aos primeiros – aqueles referentes a valores –, trata-se dos que mais se assemelham com as cláusulas gerais, visto que possuem as características da vagueza semântica e reenvio a *standards*. A diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados – aqueles referentes a valores – e as cláusulas gerais reside nas consequências jurídicas advindas das normas. Naquelas que contêm uma cláusula geral, os efeitos jurídicos dependem de uma colmatação a ser realizada pelo julgador, ao passo que, nesse tipo de conceito jurídico indeterminado, as consequências jurídicas já se apresentam na norma²⁶.

Na perspectiva da técnica legislativa, a cláusula geral é uma disposição normativa que usa em seu enunciado uma linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, com ampla extensão semântica, dirigida ao julgador com o fito de lhe conferir uma atribuição (mandato) para que, de acordo com o caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, utilizando elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Em conformidade com os ensinamentos de Judith Martins: “estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico”²⁷.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 43, p.228-232, 2002.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p.303-306.

²⁷ Nesse sentido: *ibidem*, p.303-306.

A atuação do julgador é utilizar os princípios e valores informadores da legislação civil para complementar a situação aventada. É muito difícil avaliar em abstrato quais seriam as situações fáticas capazes de ensejar a aplicação da cláusula geral. Esta deve, sempre, ser analisada no caso concreto.

Ao concretizar as cláusulas gerais o aplicador não pode ignorar eventual consenso social já estabelecido em razão de circunstâncias que necessitam ser examinadas por ele²⁸. As cláusulas gerais são verdadeiros pontos de erupção da equidade²⁹.

Não existe sistema jurídico estruturado apenas com cláusulas gerais. O sistema das regras casuísticas se contrapõe à técnica legislativa das cláusulas gerais³⁰. Esta última, apesar de necessária, gera uma insegurança jurídica maior. Algumas situações, principalmente aquelas destinadas às exceções, não deveriam ser regulamentadas dessa maneira; ao contrário, da mesma forma, um sistema puramente casuístico o tornaria excessivamente rígido, engessando a atuação da jurisprudência e não permitindo um acompanhamento da evolução da sociedade. Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies³¹.

Assim sendo, é indiscutível a necessidade da utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais. O clássico método da subsunção do fato à norma, cuja aplicação existe na análise de normas fechadas, não pode ser aplicado nas cláusulas gerais. Nesses casos, o órgão julgador deve utilizar o método da concretização em vez da subsunção³².

Sobre o tema, faz-se mister colacionar os ensinamentos de Larenz, quando este diz que:

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de “generalizar” o caso; tem também de “individualizar” até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na “subsunção”. Quanto “mais complexos” são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção³³.

A doutrina portuguesa vem enfrentando de maneira bastante profunda a questão atinente às cláusulas gerais. Pedro Pais de Vasconcelos afirma que elas exigem

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.150.

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.142.

³⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.228-229.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.7.

³² Nesse sentido: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.597.

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p.150.

muito do intérprete, devendo este se debruçar sobre a situação fática concreta e ponderar a consequência da concretização. Afirma, ainda, de maneira peremptória, que esse juízo de valor não pode ser feito de modo arbitrário e, para isso, devem estar explicitados os fundamentos conducentes à decisão, bem como a sua ponderação³⁴.

Alguns doutrinadores trabalham com o conceito do sistema jurídico norte-americano dos *standards* como o instrumento metodológico adequado ao tratamento jurídico e à concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A ideia de *standards* se amolda a um padrão ou tipo médio de conduta aceitável; eles são eminentemente evolutivos e mutantes, e o seu conteúdo deve ser determinado em conformidade com uma ligação com a realidade social em que vigoram e na qual são utilizados³⁵.

3.3. Análise da Inadequação da Utilização da Cláusula Geral na Hipótese da Responsabilidade Civil Objetiva

As hipóteses da responsabilidade civil objetiva, conforme demonstrado de maneira exaustiva no Direito Português, estão especificadas em lei, criando maior segurança jurídica para a sociedade. A sua configuração é verdadeira exceção no ordenamento jurídico luso, logo são interpretadas restritivamente e exigem previsão legal. A regra continua sendo a da responsabilidade civil subjetiva, fundada no elemento culpa.

O ineditismo da criação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva da legislação brasileira, além de se vista com surpresa por vários doutrinadores, não encontra nenhuma semelhança em outra legislação.

No Direito Comparado, os ordenamentos jurídicos, seguindo a linha hoje adotada em Portugal, mantêm em seus sistemas a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na culpa, e, excepcionalmente, com situações previstas de maneira detalhada na lei, preconizam a incidência do dever de indenizar independentemente da culpa, ou seja, a responsabilidade civil objetiva.

O Código Civil Francês, no artigo 1.382³⁶, prevê a hipótese da responsabilidade civil subjetiva como regra e não faz nenhuma menção expressa à responsabilidade objetiva, inexistindo cláusula geral nesse sentido.

O artigo 2.043 do Código Civil Italiano³⁷ preconiza também uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva. Na mesma forma da legislação francesa, não houve previsão geral de admissibilidade da responsabilidade civil objetiva fundamentada na teoria do risco.

³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.397/398.

³⁵ *Ibidem*, p.399.

³⁶ "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par faute duquel il est arrivé, à le réparer." (Tradução livre para este estudo: "Todo ato cometido por qualquer pessoa, que cause a outro um prejuízo, obriga aquele que o praticou a repará-lo.")

³⁷ "Risarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". (Tradução livre para este estudo: "Indenização por ato ilícito – Qualquer ato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um prejuízo injusto, obriga aquele que praticou o ato a indenizar o prejuízo".)

O Código Civil Espanhol, no artigo 1.902³⁸ e o Código Federal Suíço das Obrigações no artigo 41 acompanham todos os ordenamentos acima citados estipulando como regra geral a responsabilidade civil fundamentada na culpa.

O Direito Alemão, no parágrafo 823, confere um valor de extrema importância à culpa como elemento essencial à responsabilidade civil, conforme se observa no texto colacionado a seguir:

Quem, por dolo ou negligência, lesar, antijuridicamente, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer um outro direito de uma pessoa, estará obrigado, para com essa pessoa à indenização do dano aí resultante. Igual obrigação incumbe àquele que infringiu uma lei destinada à proteção de um outro. Se, de acordo com o conteúdo da lei, for possível, mesmo sem culpa, uma infração desta, só caberá a obrigação de indenização no caso de culpa.³⁹

A doutrina alemã visualiza uma grande fraqueza da responsabilidade extracontratual e uma generosidade da contratual. Existe, assim, uma grande dificuldade da vítima fundamentar sua demanda em regras atinentes ao cometimento do ato ilícito extracontratual. O ordenamento germânico não dispõe de uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, conforme preconizado no sistema francês. Apesar da tentativa de trazer o sistema francês para o ordenamento jurídico germânico, aquele foi rechaçado na elaboração do projeto do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, o Código Civil Alemão. O parágrafo 704 do primeiro anteprojeto possuía uma cláusula geral fundada na culpa, que foi posteriormente suprimida⁴⁰.

A regra básica da responsabilidade civil fundamentada na culpa encontra-se no parágrafo 823, I, do *BGB*, que apresenta um rol de bens jurídicos mercedores de proteção: “propriedade, integridade física, liberdade pessoal e demais bens jurídicos”. Repita-se, inexistente cláusula geral de responsabilidade subjetiva. O uso da expressão *bens jurídicos* poderia denotar uma tentativa de abrir o conceito permitindo uma liberdade maior para os julgadores. Sucede que a jurisprudência não interpretou dessa maneira, salientando os perigos da adoção de uma cláusula geral⁴¹.

É evidente que os ordenamentos elencados adotam, excepcionalmente, a teoria do risco, entretanto, não o fazem com uma cláusula geral aberta, na mesma forma da normatização existente no Direito Português.

³⁸ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. (Tradução livre para este estudo: “Aquele que por ação ou omissão causa dano a outro, havendo culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado”).

³⁹ DINIZ, Souza. *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960, parágrafo 823.

⁴⁰ SCHIMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea* – em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa, p.730/739.

⁴¹ *Ibidem*, p.731.

É indiscutível o aumento, com o decorrer do tempo, da aplicação da teoria do risco. A sociedade evolui. A complexidade das relações jurídicas vem aumentando de maneira avassaladora. As etapas dos processos industrial e tecnológico dificultam a aplicação da regra clássica da culpa. O legislador brasileiro e a jurisprudência vêm acompanhando essas modificações, como por exemplo, na responsabilidade civil atinente às relações de consumo e ambiental.

Apesar disso, a doutrina vislumbra excesso de adoção da teoria do risco, já visualizando uma possível previsão de cláusulas gerais. A propósito do tema, Almeida Costa assim leciona: “Perante um crescimento desordenado da teoria do risco, que se verifica em certos países, não surpreende que chegue a pensar-se na introdução de uma cláusula geral relativa a essa matéria.”⁴²

A questão posta é o excesso cometido ao se inserir uma cláusula geral aberta em uma situação excepcional. Resta saber, por fim, como serão interpretados pela doutrina os citados regramentos. Desde já, é salutar esclarecer que a situação elencada na segunda parte do parágrafo único – por ser excepcional, uma vez que a regra continua sendo a responsabilidade subjetiva – deve ser interpretada de forma restritiva.

Humberto Theodoro Júnior aduz que o Novo Código Civil manteve o compromisso com a responsabilidade delitual subjetiva, entretanto, ao adotar a cláusula geral de responsabilidade objetiva, conferiu uma abertura maior do sistema em termos vagos e genéricos, transferindo para o juiz a tarefa de conceituar o que seja atividade de risco, caso a caso. Isso representa claro perigo de alargamento desmesurado da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade fundamentada na culpa⁴³.

Silvio de Salvo Venosa, concordando com a preocupação de Humberto Theodoro Júnior, esclarece que o parágrafo único do artigo 927 transferiu para a jurisprudência a obrigação de conceituar atividade de risco casuisticamente. O renomado doutrinador entende discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Na sua concepção seria mais adequado manter nas rédeas do legislador a definição das situações da aplicação da teoria do risco⁴⁴.

Parte da doutrina sustenta que é inadmissível a interpretação restritiva do disposto na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil por se tratar de retrocesso inaceitável. Para essa parcela, é necessário que a doutrina e a jurisprudência deixem de lado a ideia da culpa, visto que esta vem fundamentando uma iniquidade sem dimensões⁴⁵.

A tese sustentada não merece ser acolhida. A necessidade de um alargamento das hipóteses da responsabilidade objetiva é um elemento que não pode ser

⁴² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.529/530.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III, t. II, p.29.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, .2003. Vol. IV, p.15.

⁴⁵ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.82/84.

fundamento para a criação de uma cláusula geral, que irá gerar uma insegurança jurídica muito grande. O casuísmo, efeito lógico da adoção da cláusula geral, demonstra os efeitos nefastos que pode gerar a interpretação extensiva da regra em comento.

A tentativa de alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva ao simples argumento da despatrimonialização do direito civil, da necessidade da aplicação do princípio da dignidade humana ou da ideia da mudança completa do enfoque do risco para a solidariedade não merece ser acolhida, pois essas hipóteses são fundamentos vagos e incompatíveis com a segurança necessária nas relações sociais.

Fernando José Bronze identifica a vaguidade predicativa das cláusulas gerais que ensejam a imprecisão dos critérios de aplicação, devendo ser usadas, com maior frequência, em relação a questões técnica e de difícil enumeração. O renomado doutrinador salienta que o princípio da segurança jurídica se relaciona com a transparência da situação jurídica, devendo ela se revelar facilmente cognoscível, com total confiança, por qualquer pessoa interessada, que não pode, de maneira alguma, ser arbitrariamente subvertida. A estabilidade e a paz jurídicas são fundamentos de uma sociedade que propugna pela clareza do direito⁴⁶.

A resposta a como o julgador deve colmatar a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro não é simples e nem deve ser analisada sem aferir a evolução histórica e os fundamentos basilares de um sistema onde vigora a regra geral da responsabilidade civil subjetiva.

A sustentação, em abstrato, de que a ideia da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva se coaduna com o novo direito civil-constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana não se coaduna com a melhor interpretação do direito privado.

A cláusula geral existente, como já dito, apesar da discordância da sua previsão, não padece de nenhuma inconstitucionalidade, devendo a doutrina enfrentar a melhor forma de interpretá-la, em consonância com os ditames do direito privado.

A demonstração da correta forma de especificação das hipóteses de incidência da teoria do risco no Direito Português, bem como em outras legislações, indica, desde já, a necessidade de uma interpretação restritiva da cláusula geral prevista no Direito Brasileiro.

Além disso, conforme já explanado, a doutrina estrangeira, conforme posicionamento de Almeida Costa já esposado, sustenta que a ideia de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, *de lege ferenda*, no direito poderia ensejar uma grande insegurança jurídica nas relações, nomeadamente em face da grande dificuldade da sua delimitação⁴⁷.

Diante desse cenário, deve a doutrina brasileira acompanhar o escopo da doutrina portuguesa, mantendo a responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na culpa, como regra geral do sistema; e a responsabilidade objetiva, por sua vez, continuaria sendo exceção, apesar da necessidade de seu alargamento acompanhando a evolução, mediante previsão legal.

⁴⁶ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p.487.

⁴⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.614.

A interpretação da citada regra necessita de uma análise de suas expressões de forma individualizada. O que significa “atividade normalmente desenvolvida”? O que se deve entender “por sua natureza implicar risco”? A análise dessas expressões é muito importante para evitar uma transformação completa no sistema, a gerar um alto grau de insegurança jurídica.

A expressão “nos casos previstos em lei” denota que as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas na legislação extravagante continuam em vigor. Na verdade, a cláusula geral foi somente uma ampliação genérica e não uma revogação total do sistema anterior.

Sérgio Cavalieri Filho vislumbra na expressão “atividade normalmente desenvolvida” a palavra-chave para saber o real alcance da norma. Inicialmente, o doutrinador elenca diversos sentidos conferidos à palavra atividade, demonstrando, desse modo, o equívoco do legislador em conferir tamanha subjetividade ao julgador, competente para colmatar a cláusula geral⁴⁸.

Ao discorrer sobre o sentido da palavra atividade, de maneira acertada, Cavalieri Filho defende que o objetivo do legislador foi estabelecer uma cláusula geral que abarcasse toda a vasta área de serviços. Outro fundamento apresentado, que é o elemento histórico, de grande importância para a definição do real sentido da regra, demonstra que o objetivo não era conferir uma interpretação extensiva ao termo “atividade”.

O projeto do atual Código Civil foi elaborado em 1970, época em que a legislação extravagante, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, principal ato normativo que alargou as hipóteses de responsabilidade objetiva no ordenamento, ainda não estava em vigor. Logo, verifica-se com facilidade que o objetivo do projeto era alcançar as situações posteriormente regulamentadas pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação literal do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil pode transformar a responsabilidade civil subjetiva em verdadeira exceção, principalmente pelo fato de quase todas as atividades da sociedade moderna implicarem algum risco.

O termo atividade, como bem salienta Cavalieri Filho, não pode ser interpretado no sentido de qualquer ação ou omissão, sob pena de se conferir a mesma interpretação do artigo 186 que preconiza os requisitos da responsabilidade subjetiva, no qual são usadas as mesmas expressões, ou seja, ação ou omissão. Nessa perspectiva, o uso da palavra atividade, em conformidade com os ensinamentos do renomado doutrinador, significa: “a conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma empresarial para realizar fins econômicos”⁴⁹.

Além disso, no tocante à expressão “por sua natureza e risco”, é necessário restringir o seu campo de aplicação, sob pena de se aplicar a responsabilidade objetiva em situações nas quais classicamente o elemento culpa é imprescindível, como na

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XIII, p.148.

⁴⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, p.147/148.

hipótese da responsabilidade civil médica. A doutrina utiliza a clássica divisão de obrigação de meio e de resultado, admitindo-se a incidência do parágrafo único do artigo 927 somente nas obrigações de resultado. Nesse diapasão, seria necessário também comprovar o descumprimento do dever de vigilância exigível para possibilitar a aplicação da cláusula geral⁵⁰.

Saliente-se que é prudente, como está normatizado no Direito Português, que o legislador crie regras específicas para as hipóteses da responsabilidade civil objetiva. Assim, será possível uma previsão casuística sobre a situação concreta, obstando a criação de uma insegurança jurídica indesejável. O exemplo clássico desse efeito reside na responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito. O Direito Português possui regramento específico e detalhado sobre a responsabilidade civil decorrente de acidente de viação, notadamente nos artigos 503 e seguintes, que é objetiva. O legislador português, considerando o rigor adotado, normatizou de maneira detalhada e criou um sistema rigoroso do seguro obrigatório de responsabilidade civil para automóveis.

A transmutação para o Direito Brasileiro da responsabilidade objetiva em face de acidentes de trânsito, utilizando-se para isso a cláusula geral, é perigosa e irá gerar uma insegurança indesejada. O aumento do rigor na responsabilidade civil no trânsito é imprescindível, e uma evolução para a responsabilidade sem culpa é clara nos ordenamentos jurídicos europeus. Cabe ao legislador brasileiro definir regras claras e detalhadas desse tipo de responsabilidade.

Referências

- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XIII.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. I.
- DINIZ, Souza. *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

⁵⁰ FILHO, Sérgio Cavaliéri; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, p.149/151.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 43, p.228-232, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHIMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III, t. II.

VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. IV.

O Controle Judicial do Ato Administrativo Disciplinar

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Sumário

1. Introdução. 2. Colocação do Problema. 3. Conceito de Legalidade do Ato Administrativo Disciplinar. 4. Impossibilidade do Poder Judiciário Modificar a Pena Aplicada. 5. Conclusão.

Resumo

O presente estudo objetiva realizar uma análise sobre a extensão da prerrogativa que tem o Poder Judiciário de fiscalizar o conteúdo do processo administrativo disciplinar dos servidores públicos, uma vez provocado nesse sentido, tanto no que diz com aspecto formal e material desse procedimento. É excluído desse exame apenas o juízo de conveniência e de oportunidade da medida repressiva aplicada ao funcionário, eis que tal apreciação abrange o mérito do ato administrativo disciplinar. Também é vedado ao julgador atenuar ou substituir a pena aplicada, sob a alegação de que a mesma é desproporcional, eis que ele estaria usurpando prerrogativa privativa do gestor público.

Abstract

This study aims to analyze the extent of the prerogative of the Judiciary to supervise the content of the administrative disciplinary process of public servants, once provoked in this sense, both with regard to the formal and material aspect of this procedure. Only the judgment on the appropriateness and timeliness of the repressive measure applied to the official is excluded from the examination, since that assessment covers the merits of the administrative disciplinary measure. It is also forbidden for the judge to mitigate or replace the penalty imposed, on the grounds that it is disproportionate, since it would be usurping the prerogative of the public manager.

Palavras-chave: Processo disciplinar. Exame judicial. Limites.

Keywords: *Disciplinary process. Judicial examination. Limits.*

* Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Procurador do INCRA. Professor de Processo Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS (UNISINOS).

1. Introdução

Questão interessante, que tem suscitado controvérsia tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é aquela referente ao limite do exame que o Poder Judiciário pode efetuar no mérito do ato administrativo disciplinar, sem usurpar as prerrogativas de independência e discricionariedade da administração.

Semelhante problemática tem se sobressaído na atualidade, notadamente frente ao aumento da judicialização dos conflitos deflagrados entre a administração e os seus servidores, a ponto de gerar severos debates entre os operadores do direito.

No âmbito de nossas forças, e sempre amparados no melhor entendimento dos doutos, procuraremos fornecer alguma contribuição pessoal para o equacionamento dessa matéria.

2. Colocação do Problema

Hoje, há consenso entre os publicistas, a partir do posicionamento do insuperável ANDRÉ DE LAUBADÈRE¹, no sentido de que, em sede de processo administrativo disciplinar, a apuração das infrações funcionais é disciplinada por regras obrigatórias, instituídas no interesse dos funcionários, constituindo a sua observância a garantia destes. (*La procédure disciplinaire est caractérisée par l'existence de règles obligatoires établies dans l'intérêt des fonctionnaires pour lesquels elles constituent des garanties*).

Isso em razão do fato de haver, desde longa data, a preocupação de limitar os poderes da administração, evitando abusos, através de uma certa "jurisdicionalização" do processo administrativo disciplinar, fato esse que foi bem apreendido tanto por LAUBADÈRE² quanto por MAURICE HAURIOU³.

E, no resguardo de tais garantias, cabe ao Poder Judiciário analisar a regularidade do proceder da administração, na tramitação do processo disciplinar, sem se imiscuir no mérito da deliberação emitida ao final deste.

Isso foi o que salientou, e com o costumeiro acerto, o insuperável SANTI ROMANO, em escrito intitulado: "*I Poteri Disciplinari Delle Pubbliche Amministrazioni*", divulgado no já longínquo ano de 1898, na seguinte passagem:

*Da tutto ciò si possono trarre le seguenti conseguenze. I tribunali ordinari non possono sindacare i provvedimenti disciplinari della autorità amministrativa, a meno che essi non siano viziosi da incompetenza o da inosservanza di forme e garanzie necessarie, nel qual caso possono dichiarare la loro illegalità e ordinare il risarcimento dei danni che ne siano derivati.*⁴

¹ In: *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1970, volume II, p.99.

² In: *opus citatum*, p.100.

³ In: *Precis Élémentaire de Droit Administratif*. Librairie du Recueil Sirey, 1937, p.74 e 83.

⁴ In: *Scritti Minori*, Dott. A. Giuffrè Editore. Milão, 1950, volume secondo, p.116.

Já na seara do ordenamento jurídico pátrio, quem bem apreendeu a espécie foi o saudoso SEABRA FAGUNDES, um dos nossos maiores publicistas, *verbis*: “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão”.⁵

Tal limitação se dá em respeito ao princípio da separação dos poderes do Estado, tão bem sintetizado por SALEMI, inclusive no que diz com as suas exceções, na seguinte passagem citada por SEABRA FAGUNDES, *verbis*:

*Il giudice che volesse fare delle valutazioni discrezionali, di natura politica o tecnica, riservate al giudizio esclusivo dell'amministrazione, enterrebbe nel merito dell'atto e si arrogherebbe illegittimamente un nuovo potere. Lo stesso, invece, non potrà dirsi, se la discrezione implichi l'apprezzamento di fatti o requisiti, volutabili liberamente da parte di qualsiasi organo o soggetto. La valutazione del giudice è allora legittima ed anche doverosa.*⁶

Mais adiante, aquele jurista nacional esclarece o conceito de legalidade para os fins aqui discutidos, ao salientar:

A análise da legalidade (legitimidade, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico.

Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e à manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma⁷.

Resta saber, a esta altura, se tal concepção é compatível com o microsistema do direito administrativo disciplinar atual, notadamente no que diz com a restrição à sua análise judicial sobre o mérito do que foi decidido.

3. Conceito de Legalidade do Ato Administrativo Disciplinar

Quem apreendeu, com rara felicidade, o sentido da expressão “legalidade do ato administrativo disciplinar”, para os efeitos aqui discutidos, foi o *Pretório Excelso*, notadamente através do julgamento de antiquíssimo aresto, datado de 1944, os *Embargos na Apelação Cível nº 7.307*, da relatoria do insigne Ministro CASTRO NUNES, que contou com a seguinte ementa:

⁵ In: *O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*. Ed. Forense, 5ª edição, p.145.

⁶ In: *opus citatum*, p.148, nota 7.

⁷ In: *opus citatum*, p.148.

ATOS ADMINISTRATIVOS – EXAME DA SUA VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – CONFRONTO DA PROVA PRODUZIDA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E EM PROCESSO JUDICIAL.

– O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida.

– A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente.

– As medidas de caráter discricionário só poderão ser anuladas se incompetente for a autoridade ou preterida houver sido formalidade prescrita na lei.

– A função do Judiciário, no terreno dos fatos, deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato administrativo.

– Aplicação da Lei nº 221, de 1894.⁸

Mais adiante, no corpo do julgado, assinalou o relator o seguinte:

Eu admito, e ainda recentemente assim votei em certo julgamento perante o Tribunal Pleno, que o Judiciário possa rever o ato administrativo no seu conteúdo, no seu merecimento, contanto que o não faça por apreciação da mera conveniência ou oportunidade da medida. É a nossa regra legal, ainda vigente no tocante ao contencioso da legalidade dos atos administrativos.

E assim entendo porque a nossa Lei nº 221, de 1894, adiantada para a sua época sufragou a melhor doutrina, já então esboçada e mais tarde desenvolvida pelo Conselho de Estado, em França, no sentido de que, em se não tratando de ato discricionário da administração, o exame da medida pode descer aos fatos, reexaminá-los, e quando excluídos ou restituídos à sua exata apresentação, autorizar a anulação do ato por ausência de sua base legal ou causa jurídica inexistente.

⁸ *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p.69 e seguintes.

Ora, a Lei nº 221 conferiu ao Judiciário poderes muito amplos na apreciação dos atos administrativos quando dispõe: “Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente”, acrescentando – “A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista da sua conveniência ou oportunidade”.

Daí resulta que a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral na ilegalidade por “indevida aplicação do direito vigente”.

Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário que não poderá ser o da punição disciplinar do funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autoriza mediante inquérito administrativo.⁹

Entretanto, com a correção de sempre, sua excelência impôs o seguinte limite: “Mas a função do judiciário no terreno dos fatos deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato da administração”¹⁰.

Semelhante posicionamento, e como não poderia deixar de ser, foi amplamente sufragado pelo não menos ilustre Ministro Vitor Nunes Leal, que comentou esse julgado para a *Revista de Direito Administrativo*, ao ponto de ter assinalado a fl. 94 que “a afirmação de que ao Judiciário é vedado examinar provas ou questões de fato em casos de demissão de funcionários peca por sua excessiva amplitude”.

Tal matéria vem sendo sistematicamente debatida no *Supremo Tribunal Federal*, sendo reprisada quando da apreciação do *Recurso Extraordinário nº 75.421-BA*¹¹.

Nessa oportunidade, sobressaiu o gênio do emérito e saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, um dos mais talentosos Juizes provenientes da Magistratura de São Paulo, que ao discorrer sobre a amplitude do exame que o Poder Judiciário poderia proceder nos processos administrativos disciplinares, sem subverter a noção de separação dos poderes, esclareceu que semelhante análise teria de alcançar, obrigatoriamente, a análise da prova ali produzida.

⁹ In: revista citada, p.75/6.

¹⁰ In: revista citada, p.78.

¹¹ In: RTJ 71/761.

A certa altura, sua excelência asseverou, *verbis*:

Outra é, portanto, a questão. É a de saber-se se, punido o funcionário em processo administrativo, ao Poder Judiciário cabe apreciar provas para concluir que a punição não se legitima, em face delas. E a isto pretende a recorrente opor que ao Poder Judiciário é vedado examinar o “mérito” do ato administrativo.

Creio que há equívoco terminológico, merecedor de esclarecimento prévio.

Por força, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de “mérito” do ato administrativo, se tenta estender o de *meritum causae*, relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexata¹².

Prosseguindo em seu voto, tal Ministro aponta o ponto central da controvérsia aqui deduzida, assinalando:

Eu diria, apenas, que, no caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta: é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a aplicação da sanção.

Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal ou não. O exame da legalidade não se confunde com a apreciação das meras formalidades de processo administrativo. E no ato demissório, não há “mérito” excluído da apreciação judicial¹³.

Desse julgado foi interposto recurso para o Tribunal Pleno, que reexaminou a matéria quando da apreciação dos *Embargos no Recurso Extraordinário nº 75.421-BA*, *verbis*: “Controle jurisdicional de ato administrativo vinculado. O exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram. Embargos conhecidos e recebidos”¹⁴.

Tal entendimento tornou-se pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira, como se pode constatar, exemplificativamente, da leitura do *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 395.831 – AL*¹⁵.

¹² In: RTJ 71/765.

¹³ In: revista citada, p.766.

¹⁴ In: RTJ 79/478.

¹⁵ In: RTJ 201/1161.

4. Impossibilidade do Poder Judiciário Modificar a Pena Aplicada

Resta saber, a esta altura, se o Poder Judiciário poderia se imiscuir na apreciação da pena aplicada ao servidor.

Sempre se reconheceu que integra a discricionariedade administrativa tal escolha, em razão da independência e da separação dos poderes do Estado, desde que observada a lei e presente prova suficiente para a punição escolhida.

Não se pode pretender, absolutamente, que apenas o Poder Judiciário aplique sanções, notadamente nas infrações administrativas praticadas nas esferas do Executivo e Legislativo.

Isso foi o que salientou, brilhantemente, o Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do *Mandado de Segurança nº 21.297-DF, verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

– Não há como acolher pleito que acabe por guindar o Judiciário à posição de autoridade administrativa e isto ocorreria caso viesse a caminhar, sob o ângulo estrito da justiça, ou injustiça, para a substituição da pena aplicada.

– Exige-se harmonia entre o ato final de punição e o teor do inquérito, isto quanto aos fatos apurados. A autoridade administrativa a quem cumpre punir o infrator não está compelida a observar o enquadramento jurídico conferido pela comissão que atuou na fase de inquérito.

– O fato de o ato de demissão conter menção a dispositivos legais reveladores de transgressões diversas e para as quais são previstas penas mais brandas não o vicia. Suficiente é que dele conste a alusão àquele que conduz a pena de demissão. O procedimento do servidor pode ensejar a variedade de enfoques, como ocorre relativamente ao policial federal quando o ato praticado provoque escândalo e comprometa a função (VIII), revele descumprimento de leis e regulamentos (XX).¹⁶

Semelhante posicionamento foi reiterado quando do julgamento do *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.256-DF*, da relatoria do Ministro ILMAR GALVÃO, que contou com a seguinte ementa:

Administrativo. Processo disciplinar. Lei nº 8.112/90, art. 132, incisos IV e XIII. Demissão de servidora. Ampla defesa. Autoria. Substituição da pena.

¹⁶ In: *Revista Forense*, 326/175 e RTJ 138/488.

Faltas disciplinares apuradas em processo administrativo que correu regularmente, com observância do princípio da ampla defesa, não havendo resultado demonstrado, por outro lado, que os atos punidos eram alheios à competência da servidora, como alegado.

Impossibilidade de substituição da pena imposta sem reexame do mérito do ato administrativo, providência vedada ao Poder Judiciário.¹⁷

Nesse sentido, aliás, e como não poderia deixar de ser, também é o melhor posicionamento de PIETRO VIRGA¹⁸, ao abordar os poderes do Juiz ordinário na constatação de eventual ilicitude da administração, momento em que assinalou que tal magistrado *“non può sostituire la propria volontà a quella dell'autorità amministrativa, al fine di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, per la cui disciplina si richieda un provvedimento amministrativo”*.

O Supremo Tribunal Federal também não vem admitindo a invocação do PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE para abrandar as sanções impostas aos servidores públicos, sob a alegação de que a autoridade administrativa teria sido muito rigorosa, como se pode constatar da leitura da ementa do *Recurso Extraordinário nº 244.158-SP, verbis*:

PoliciaI militar. Demissão. Abrandamento. Impossibilidade de examinar-se a questão sob o ângulo do princípio da proporcionalidade.

1. Não havendo mácula no procedimento administrativo e presente a existência de pena de demissão, no âmbito da competência da autoridade militar, não pode o Poder Judiciário considerar apenas a inadequação da pena para aplicar outra menos severa.
2. O princípio da proporcionalidade somente pode ser examinado se é objeto do pedido inicial, o que não ocorre neste feito.
3. Em um quadro de generalizada agressão ao princípio da moralidade, princípio constitucional relevante, é necessário exigir comportamento ilibado do servidor público, principalmente no âmbito dos serviços policiais.
4. Recurso extraordinário conhecido e provido¹⁹.

Esse também é o entendimento de JOSÉ ARMANDO DA COSTA, que ao discorrer sobre esse tema, assinalou:

¹⁷ In: RTJ 183/642.

¹⁸ In: *La Tutela Giurisdizionale Nei Confronti Della Pubblica Amministrazione*. Editora Giuffrè, 2ª edição, Milão, 1976, p.132.

¹⁹ In: RTJ 210/444.

Questão por demais relevante pertine ao fato de saber se, à vista do não acatamento ao princípio da proporcionalidade, é permitido ao Poder judiciário dosar a pena disciplinar, aumentando ou diminuindo a punição que foi imposta no caso concreto. Entendemos que, fazendo tais alterações dosimétricas, estará o Judiciário, obviamente, incursionando no campo do mérito disciplinar, que é reservado constitucionalmente ao Poder Executivo. Tal labor judicante constitui, sem dúvida, intromissão judicial indevida, uma vez que ao Judiciário compete, no exercício do controle externo, verificar se a pena imposta é legal ou ilegal, devendo, em consequência, ser anulada ou confirmada. Tendo sido imposta de modo proporcional, será a pena considerada como legal, devendo a deduzida pretensão desconstitutiva da sanção ser rejeitada; já na hipótese reversa, será a reprimenda disciplinar definida como ilegal, e, conseqüentemente, poderá a sua invalidez ser decretada pelo Poder Judiciário.

Sendo descumprido o princípio da proporcionalidade, aberto fica ao Judiciário, quando provocado pelo interessado, o poder de anular não a parte excessiva do ato punitivo, e, sim, a própria sanção imposta, por absoluta incongruência com o nosso *jus positum*.²⁰

5. Conclusão

Ao encerrar, devemos fazer uma reflexão a respeito do que foi exposto neste trabalho.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que a apreciação judicial do processo administrativo disciplinar não está limitada à legalidade externa da atuação da administração, mas abrange, também, os aspectos materiais, neles inseridos os motivos, os fundamentos e os pressupostos de fato que determinaram a punição.

Aqui, e como magistralmente reconheceu o Ministro Castro Nunes, só existe limitação no que diz com a conveniência ou oportunidade da medida, devendo o Judiciário sindicarse se ocorreu uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei, em detrimento do processado.

Também é imperioso o exame da prova produzida pelos litigantes, bem como também dos elementos fáticos apurados no procedimento disciplinar e da correspondência entre esses dados e o resultado do processo, ou seja, a penalização do servidor.

Não pode, entretanto, o magistrado substituir a pena imposta pela administração, muito menos abrandá-la, sob pena de invadir seara privativa do poder processante, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

²⁰ In: *Teoria e prática do Processo Administrativo Disciplinar*. Editora Brasília Jurídica, 3ª edição, p. 57.

Da mesma forma, também não é aceitável ao julgador se socorrer do princípio constitucional da proporcionalidade para modificar/alterar a sanção imposta ao funcionário, sendo que a ofensa a tal comando constitucional enseja, no máximo, a anulação da penalização, para que a matéria seja reapreciada pela administração.

Para encerrar, deve-se ressaltar a importância do controle judicial nessa área tão sensível do direito, nos limites acima indicados, como é da tradição do nosso ordenamento jurídico e constitui garantia constitucional do jurisdicionado.

Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Probidade Administrativa. 1.1. Tratamento Constitucional da Probidade Administrativa. 1.2. Corrupção Pública: Violação ao Princípio Republicano. 1.3. Corrupção: Legislação Infraconstitucional. 1.4. Dificuldade Probatória nos Crimes de Corrupção Pública. 2. Crimes contra a Administração Pública e Atos de Improbidade Administrativa. Principais Aspectos de Aproximação. 2.1. Distinções Fundamentais: Direito Penal e Lei de Improbidade Administrativa. Problemas Advindos da Vinculação. 2.2. Direito Penal e Colaboração Premiada. Conceito de Colaboração Premiada e Compatibilidade Constitucional. 2.3. O Diálogo dos Microsistemas Penal e Administrativo Sancionador. 3. Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa. 4. Antecipação da Sanção – Improbidade Administrativa de Escassa Magnitude do Injusto. 5. Ministério Público do Estado do Paraná: Antecipação da Sanção Decorrente do Ato de Improbidade Administrativa e Transação na Colaboração Premiada. 6. Colaboração Premiada e Antecipação da Sanção: Dosimetria. 7. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Probidade Administrativa

1.1. Tratamento Constitucional da Probidade Administrativa

O dever de probidade administrativa consagrado na Constituição Federal de 1988 foi, segundo Waldo Fazzio Junior¹, implicitamente tutelado ao longo da história constitucional brasileira, em decorrência da sanção imposta em face da concretização de crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República.

É fato indubitável que a tutela desse bem jurídico de fundamental importância sofreu, durante os diversos momentos histórico-constitucionais, considerável evolução, concretizada em decorrência de inúmeros fatores socioeconômicos que motivaram e até exigiram do legislador constituinte um tratamento que melhor se compatibilizasse com as novas ordens de valoração.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu, Coimbra. Promotor de Justiça titular da 26ª Promotoria de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Londrina. Professor de Direito Penal. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio e no Combate à Improbidade Administrativa, núcleo Londrina. Integrante da Operação Publicano – Londrina.

¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.11.

Nesse compasso, nas palavras de Luiz Roberto Barroso², o constitucionalismo contemporâneo sofreu, no Brasil e na Europa, importantes transformações que se sucederam nas últimas décadas, em que se criou uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica geral”.

Assim, enfatiza Marcelo Neves³ que esse neoconstitucionalismo se contrapôs a uma visão eminentemente retórica da Constituição Federal, em que se percebia nítida “discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”.

Portanto, o neoconstitucionalismo permitiu que os textos constitucionais fossem, paulatinamente, dotados de concretização pelas orientações jurisprudenciais, conferindo-se ao poder judiciário importante papel no Estado de Direito democrático, por intermédio da materialização dos valores constitucionalmente assegurados.

Nesse diapasão, os textos constitucionais deixaram de conter simples conteúdos retóricos, passando a ser dotados de incomum densidade normativa, espalhando efeitos na interpretação e aplicação dos valores neles contidos.

Os tradicionais métodos de interpretação lógico, histórico e sistemático passaram a coexistir com outras técnicas hermenêuticas não menos importantes: supremacia da Constituição, interpretação conforme a Constituição, consagração dos princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das normas constitucionais⁴.

Nesse contexto, adveio a Constituição Federal de 1988. Os princípios nela albergados estabeleceram verdadeiras balizas de interpretação, criando verdadeiro regime constitucional da probidade da Administração Pública. O art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, instituiu essa ordem de valoração, ao preceituar que a *República* constitui-se em um Estado de Direito democrático.

Esse postulado (*República*), dotado de incomum densidade, evoca uma série de conteúdos a ela inerentes, que conferem ao intérprete verdadeiras barreiras normativas de interpretação:

(...) mandatos políticos com periodicidade; eletividade; alternância do poder; responsabilidade dos agentes públicos; prestação de contas; publicidade dos atos e transparência administrativa; mecanismos fiscalizatórios, tais como a ação popular e ação civil pública; proteção de direitos Fundamentais; proibição de regulamentos autônomos e submissão dos agentes públicos ao princípio da legalidade; legalidade da despesa e disponibilidade dos bens públicos condicionada à autorização legislativa específica (...)⁵.

² BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 33, p.43-92, 2009.

³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.1, *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.75.

⁴ BARROSO, *Op. cit.*

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David e outro. *Curso de Direito Constitucional*; 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.102-103.

Portanto, a República, expressamente consagrada no art. 1º da Constituição Federal e referendada em várias outras disposições constitucionais (art. 14; art. 37 etc.), confere ao intérprete importantes vetores, no sentido de rígida compatibilização dos comportamentos administrativos em quaisquer das funções públicas advindas da Administração direta ou indireta, da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ao *standard* de probidade albergado sistematicamente pela Constituição Federal.

Nesse viés, a partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a exercer importante papel das funções que lhe foram determinadas no art. 127 da referida Carta Política Fundamental, o que fomentou uma gradativa, mas importante mudança no caótico cenário de corrupção pública que assolava o país.

Percebeu-se a grande dificuldade de coexistirem valores contrapostos: de um lado, um Estado arraigado pela corrupção pública; de outro, o Estado de Direito democrático e social, cuja nota fundamental preceituada no art. 1º, *caput*, da CF, é o compromisso assumido, com o cidadão, de realizar prestações públicas fundamentais.

O legislador infraconstitucional, pressionado e sensível a essas alterações constitucionais, editou a denominada Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992, a partir do comando constitucional que anunciou, ainda que genericamente, o Ato de Improbidade Administrativa em seu art. 37, §4º CF.

Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa tornou-se, desde a sua vigência, o mais importante instrumento normativo de combate à corrupção, coibindo uma multiplicidade de formas de concretização de atos ilícitos, cometidos em quaisquer esferas de “poder” (*rectius*: funções legislativa, executiva e judiciária).

Assim, a corrupção pública merecerá breve abordagem, como antecedente necessário ao enfrentamento dos temas propostos. Na sequência, serão apresentados os fatores de aproximação e distinção do direito penal e da Lei de Improbidade Administrativa, para, de forma derradeira, realizar a abordagem a que se propõe: a colaboração premiada (compatibilidade constitucional e previsão normativa) e sua eventual compatibilidade com a Lei de Improbidade Administrativa. Alguns aspectos da admissibilidade da transação, no Ato de Improbidade Administrativa, também serão objeto de apreciação, já que imbricado com a colaboração premiada na Lei nº 8.429/1992.

1.2. Corrupção Pública: Violação ao Princípio Republicano

Corrupção é o ato ou efeito de se corromper, depravar; ação de seduzir por dinheiro, presentes etc., levando alguém a afastar-se da retidão. A corrupção concretiza-se nas atividades públicas ou privadas.

Nesta vertente, há corrupção em grandes conglomerados econômicos, relação de empregados e suas empresas, dentro das salas de aula, na relação professor/aluno ou em qualquer lugar que o ser humano possa tergiversar sua ação para satisfazer interesses pessoais.

Interessa a este estudo, todavia, a corrupção que se desenvolve no âmbito ou em decorrência do exercício das funções públicas exercidas na Administração Pública, direta ou indireta, de quaisquer dos “poderes” da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a corrupção pública caracteriza-se pela ação ou omissão do agente público que, no exercício de sua função pública, enriquece-se ilicitamente, causa lesão ao erário ou viola os princípios que regem a administração pública, com ou sem a participação de terceiro.⁶

Esse conceito, em linhas gerais, é extraído de uma sistemática interpretação das disposições legais encartadas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Nessa linha, afirma-se: a corrupção pública é um comportamento ímprobo, desonesto, do agente público, comportamento este que colide com o princípio republicano e com o regime jurídico de proibidade albergado no texto constitucional.

O princípio Republicano, conforme já enfatizado, foi expressamente consagrado no art. 1º da Constituição Federal, que se “constitui no regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome”. Prossegue Geraldo Ataliba⁷, ao afirmar que:

O princípio Republicano não é meramente afirmado, como simples projeção retórica ou programática. É desdobrado em todas as suas consequências, ao longo do texto constitucional: inúmeras regras dando o conteúdo exato da precisa extensão da tripartição do poder; mandatos políticos e sua periodicidade, implicando alternância no poder; responsabilidades dos agentes públicos, proteção às liberdades públicas; prestação de contas; mecanismos de fiscalização e controle do povo sobre o governo, tanto na esfera federal, estadual e municipal; a própria consagração dos princípios federal e da autonomia municipal etc. Tudo isso aparece, formando a contextura constitucional, com desdobramento, refração, consequência, ou projeção do princípio, expressões concretas de suas exigências.

Nessa vertente, sendo a República um dos princípios estruturais do Estado Brasileiro, tem-se que reconhecer que o combate à corrupção, assim como os efeitos dela decorrentes, há que ser priorizado pelo poder constituído, quer por intermédio da produção legislativa que confira, aos órgãos de persecução do Estado, eficazes instrumentos de controle da corrupção⁸, quer por meio da fiscalização, no âmbito das Casas legislativas, de quaisquer projetos de lei que tentem minimizar, desestimular ou mesmo refrear os órgãos do Estado que combatam a corrupção pública⁹.

⁶ Conforme já afirmado, o estudo proposto destina-se ao descortino da corrupção pública. Por esta razão, a simples menção da expressão corrupção, terá como referência as ações ou omissões ocorridas no exercício da função pública, ou em razão dela.

⁷ Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001, p.28.

⁸ Assim, exemplifica-se: urgente aprovação das 10 medidas de combate à corrupção, fruto de um projeto de lei de Iniciativa popular, que se encontra no Congresso Nacional.

⁹ Nesse viés, são exemplos costumeiros: lei que estabeleceu verdadeiro contencioso, antes do recebimento da ação de improbidade administrativa; projeto de lei que visa responsabilizar o titular da ação de improbidade administrativa, que publicize as investigações de corrupção pública; que instaure procedimento

1.3. Corrupção: Legislação Infraconstitucional

O legislador infraconstitucional, atento ao regime de responsabilidade expressamente consagrado na Constituição Federal, estabeleceu, em inúmeros diplomas legislativos, um rígido sistema de proteção destinado à tutela da probidade da Administração Pública.

Assim, o Código Penal dedicou capítulo próprio intitulado “Dos crimes contra a Administração Pública”, por intermédio da descrição dos comportamentos encartados nos arts. 312, 316, 317 (peculato, concussão e corrupção passiva), com o propósito de resguardar a proba e eficiente gestão pública.

Há, ainda, delitos de corrupção na Lei de Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/1967); Lei nº 1.079/1950; Lei nº 8.666/1993; Lei nº 8.137/1990; Lei nº 8.429/1992; e outros diplomas legais.

Entre referidos diplomas legais, a Lei nº 8.429/1992 exerce papel de fundamental destaque, ao descrever as ações ou omissões de agentes públicos ou políticos que, no exercício de suas funções (ou em razão delas), enriqueçam ilícitamente, causem lesão ao erário ou violem os princípios que regem a Administração Pública, submetendo-os a severas sanções de natureza político-administrativas e civis. A subsunção aos tipos de injusto encartados nos arts. 9, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992 sujeitam os autores ímprobos às sanções previstas no art. 12, incisos I, II, III e IV.

De igual sorte, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) trouxe sanções impostas às pessoas jurídicas que, em decorrência de ações de seus representantes legais, desbordem os limites impostos, em lei e estatutos, sujeitando os autores a uma série de sanções administrativas e civis.

Esses diplomas legislativos, entretanto, não têm sido suficientes para minimizar o endêmico problema da corrupção, em decorrência das nuances e peculiaridades deste complexo e multifacetário fenômeno.

É fato que a corrupção, absolutamente arraigada nas entranhas do Estado brasileiro, alastra-se por todos os órgãos públicos, em uma relação contínua e hierarquizada, até chegar aos poderes (*rectius*: funções) máximos da República.

O cidadão brasileiro, verdadeiro titular do poder (povo), participa, no mais das vezes, deste complexo sistema de generalizada corrupção. Grandes empresas pagam propina para agentes políticos (corruptos), para custearem milionárias eleições (gastos, todavia, não contabilizados pela Justiça Eleitoral). Em contrapartida, esses políticos favorecem os agentes corruptores (empresas/empresários), superfaturando obras públicas, direcionando licitações, o que demanda a formação de estruturadas organizações criminosas, que mantém intacto e perene o sistema de corrupção eleitoral, com seus atores perpetuando-se no poder. A Lava Jato, Publicano e tantas outras operações são exemplos desta triste realidade.

investigatório esteado em prova infundada, o que se reputa inadmissível, porque a produção probatória destina-se a comprovar ou não a existência do fato, objeto da investigação.

Esses sistemas de corrupção espalham-se como epidemia em vários setores da sociedade brasileira. Importantes agentes políticos do Estado, alocados nas diversas funções estatais, conferem estabilidade e segurança a esta estruturada organização criminosas.

Há, assim, estreita ligação entre corrupção e crime organizado, já que aquela, para se perpetuar e garantir sua impunidade, precisa de intrínsecas e sofisticadas divisões de tarefas dos autores do delito, com estabilidade e hierarquia de seus integrantes, para a consecução dos fins almejados pelo grupo.

1.4. Dificuldade Probatória nos Crimes de Corrupção Pública

Em decorrência desse sofisticado processo de concretização da corrupção, muitas vezes realizada por grandes organizações criminosas arraigadas durante décadas nas estruturas do Estado¹⁰, é que se torna dificultosa a comprovação deste fenômeno.

Além disso, trata-se de delito que, no mais das vezes, corruptor e corrupto são beneficiados, o que dificulta a apuração e identificação de seus autores. Essa dificuldade de comprovação, somada às estruturas de poder imbricadas com a corrupção, certamente são os principais fatores que conduziram a décadas de impunidade.

Nesse esteio, a corrupção é ato ímprobo e, no mais das vezes, delitivo de indistigável dificuldade probatória, o que facilitou, durante anos no Brasil, sua absoluta impunidade.

No dizer de Deltan Dallagnol¹¹, os problemas afetos à produção de provas nos crimes de corrupção, por envolverem cumplicidade de seus autores, é, entre outros motivos, "(...) reflexo da mudança da realidade, da evolução das tecnologias, da globalização, e da natural vantagem que os criminosos possuem quando cometem um crime com algum planejamento: o agente escolhe o lugar, os meios e pode tomar uma série de precauções para garantir sua impunidade".

Enfatiza Deltan¹², linhas à frente, que a dificuldade probatória em determinadas espécies de delitos podem ser sintetizadas em três grandes grupos:

- técnicas de contrainteligência utilizadas pelas organizações criminosas, para encobrimento dos fatos ilícitos praticados por seus membros (v.g., circuitos fechados de telefones; novas tecnologias de comunicação, como *whatsapp*, *viber* ou rádios; documentos digitalizados e transferidos para locais de difícil acesso etc.);

¹⁰ A Operação Publicano é certamente um exemplo desta realidade, em que auditores do Estado do Paraná, absolutamente organizados e hierarquicamente estruturados, uniram seus esforços e tarefas para, a um só tempo, solicitarem e/ou exigirem o pagamento de propinas de empresários paranaenses, para enriquecimento do grupo (seus membros).

¹¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *A lógica das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.280.

¹² *Ibidem*, p.281.

- espécies de crimes cuja dificuldade de investigar decorre de sua internacionalização, complexidade, sofisticação e não colaboração de verdadeiros paraísos fiscais e virtuais (lavagem de ativos);
- crimes em que há forte acordo de silêncio entre seus membros, como ocorre no crime de corrupção.

Os crimes de corrupção ou ocorrem na clandestinidade, e não há testemunhas, ou, havendo testemunhas, estão ligadas aos agentes corruptor ou corrupto, ou sentem-se amedrontadas; de igual maneira, corruptor e corrupto não querem colaborar porque, cada qual no seu papel, pretendem “assegurar a vantagem que levou à corrupção ou evitar a punição decorrente do crime praticado”.

É evidente que a grande dificuldade de se coletarem elementos probatórios dos delitos de corrupção deve-se a uma multiplicidade de fatores, que convergem para a absoluta impunidade destas espécies de crime no Brasil.

Faz-se necessário, para minimizar esse caótico quadro de impunidade, uma avaliação de prova mais consentânea com o grau de hierarquização, divisão de tarefas e estruturação dos integrantes das organizações criminosas que praticam os delitos de corrupção.

Não se preconiza, a toda evidência, que solapem direitos fundamentais dos agentes corruptores e corruptos – para coibir e reprimir a corrupção. O que se espera é que se resguardem, em igual medida, a segurança pública e os direitos fundamentais a que o Estado se vê inibido de satisfazer, diante dos vultosos desvios do erário federal, estadual e municipal.

Assim, não se pode supervalorizar um direito fundamental em detrimento do outro. A vítima do crime (no crime de corrupção pública, todos os cidadãos que possuem o direito fundamental à obtenção de prestações públicas fundamentais: saúde, moradia, educação) possui tanto direito quanto àqueles atribuídos aos investigados (direito ao devido processo legal; à liberdade etc.).

Portanto, há que se resguardar, ao mesmo tempo, ambos os valores de status constitucional: de um lado, assegurar uma proteção suficiente do cidadão, detentor do direito fundamental de segurança pública, de satisfazer suas prestações públicas prometidas pelo Estado na Constituição Federal (vida; saúde; moradia etc.), e, de outro, resguardar a proteção dos direitos fundamentais do investigado.

Para cumprir esse mister, exige-se que o Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução (Polícia; Ministério Público) e de julgamento (Judiciário), esteja apto a apreciar e julgar os delitos de corrupção, em grande parte cometidos por estruturadas organizações criminosas, com intrincadas distribuições de tarefas.

Nessa vertente, nos delitos de corrupção/lavagem, exige-se dos órgãos do poder judiciário, uma apreciação de prova esteada no livre convencimento motivado, sem tarificação, para que se possa conduzir a uma verdade possível, verossímil, no processo civil e penal.

Assim, para se proferir um decreto condenatório, basta um *standart* probatório para além de uma dúvida razoável. Reputam-se simplistas, para não dizer inaceitáveis e incompatíveis com a eficaz função jurisdicional, decisões que se limitam a se esconder na complexidade dos fatos e/ou na falta de comprovação do elemento subjetivo do tipo de injusto, para se proferir decreto absolutório ou improcedência da ação civil pública pela prática de atos de improbidade administrativa. É claro que o dolo, enquanto momento anímico do agente, deve ser perscrutado de circunstâncias de natureza objetiva, avaliadas sistemática e coerentemente.

Enfatiza Dallagnol¹³, com propriedade, que a expressão – dúvida razoável – foi muito bem utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, no célebre julgamento da AP 470 (Caso Mensalão). Neste sentido, registre-se:

o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para além da dúvida razoável não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério de dúvida razoável em certeza absoluta.

Rosa Weber orienta-se no mesmo sentido:

Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standart* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e de defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja irrazoável, inacreditável ou inverossímil.¹⁴

¹³ *Ibidem*, p.74.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

Verifica-se, assim, que o delito de corrupção, assim como a lavagem de ativos (no mais das vezes decorrente da prática do delito antecedente de corrupção), exige do julgador uma avaliação crítica do material probatório, esteada em seu livre convencimento motivado, valendo-se de elementos probatórios diretos ou indiretos.

Não parece razoável que, em razão dos avanços tecnológicos e científicos disponíveis às organizações criminosas e das dificuldades probatórias nos crimes de corrupção, que os órgãos jurisdicionais exijam, para proferir decreto condenatório, a apresentação de provas diretas para se comprovarem delitos que ocorrem na clandestinidade, já que esta exigência é resquício de um sistema de prova tarifada, não albergado pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal¹⁵, além de não se coadunar com a natureza das coisas (o que redundaria em verdadeira prova diabólica, impossível de se demonstrar).

Nesse contexto, nas espécies de delito que ocorrem, essencialmente, na clandestinidade, as provas indiretas, assim como a colaboração do agente que integra a organização criminosa, revestem-se de fundamental importância, exatamente porque permite um cotejo convergente de todo o material coligido (provas indiretas) e possibilita que os órgãos de investigação tenham uma visão interna da estrutura criminosa, detalhando: o processo de hierarquização; o modo de operacionalização, a estrutura de comando e execução; localização de bens e modo de lavagem de ativos; apresentação de documentos, planilhas e controles da atividade delituosa e ímproba etc.

Todos esses elementos de prova são indispensáveis para que o julgador e o titular da investigação emitam juízos de valoração acerca da credibilidade da colaboração premiada, o que a torna importante meio de prova e de obtenção de prova.

Conforme já enfatizado, é de razoável constatação que, nos delitos de corrupção pública, a obtenção de prova direta é de difícil demonstração, já que, costumeiramente, quem paga propina não “pede recibo do pagamento”. Muito menos, quem recebe propina documenta a prática ilícita.

Portanto, o órgão jurisdicional, fundado no sistema do livre convencimento motivado, pode e deve apreciar as provas dos delitos de corrupção, de lavagem de ativos ou de espécies delitivas de difícil comprovação, de forma crítica, coerente e sistematizada, com o propósito de decodificar o verdadeiro “quebra-cabeças” idealizado pelos autores de crimes dessa natureza, estruturados para não serem descobertos pelos órgãos de persecução Estatal ou, caso o sejam, que sua comprovação seja difícil ou impossível demonstração.

Nessa senda, a colaboração premiada, aperfeiçoada entre Ministério Público e réu colaborador, em cotejo com as regras da experiência (presunções *hominis*), e o amplo espectro de provas indiretas certamente servirão como ricos materiais probatórios disponibilizados ao julgador, no âmbito do devido processo legal.

¹⁵ Todas as provas são admissíveis em direito, desde que lícitas.

Assim, a prova indiciária (espécie de prova indireta), nos delitos que, por via de regra, não deixam vestígios, é o caminho possível para que o órgão julgador possa processar e julgar intrincados esquemas de corrupção pública e lavagem de ativos submetidos à sua apreciação.

Nesse sentido, são conclusivas as lições de Artur César de Souza¹⁶, ao afirmar que:

(...) a maior inserção no âmbito da aplicação e interpretação dos crimes de *White-collar*¹⁷ da prova indiciária, permitirá uma melhor repressão às condutas que violam os princípios da ordem econômica, financeira e tributária, uma vez que este tipo de delito em quase de sua totalidade não deixa vestígios diretos, mas, sim, circunstâncias indiciárias.

As provas indiciárias, ao contrário do que parcela da doutrina preconiza, exerce papel fundamental nos crimes de corrupção, exatamente porque, diante da complexidade das estruturas hierarquizadas e múltiplas divisões de tarefas de seus membros, torna-se muito difícil comprovar, diretamente (provas diretas), os fatos ilícitos praticados pelas estruturas superiores de poder (chefes da organização criminosa, por via de regra, limitam-se a comandar que seus subalternos realizem os núcleos dos tipos de injústo).

¹⁶ SOUZA, Artur César de. Nova Hermenêutica para os crimes de Colarinho Branco: Crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, vol. 96, p.319-332, jan./fev. 2011.

¹⁷ Segundo Luciana Krempel, a denominação “crime de colarinho branco” foi empregada, pela primeira vez, por Edwin H. Sutherland, em 1939, com a finalidade de designar crimes em que o autor, dotado de expressivo poder econômico, político e social, obtém vantagens indevidas em decorrência do exercício funcional/profissional. KREMPEL, Luciana Rodrigues. *O Crime de Colarinho Branco: Aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade. Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. São Paulo, vol. 8, p.841-867, out. 2010. Em que pese determinado setor doutrinário afirmar que a classificação crimes de colarinho branco não se compatibiliza com os postulados de um Estado de direito democrático, já que o direito penal deve assentar-se em um direito penal do fato, voltado à descrição de comportamentos proibidos ou exigidos que, abstratamente, lesem ou ameacem de lesão bens jurídicos de dignidade penal, força é reconhecer que, sob uma perspectiva criminológica, tem-se que admitir que há determinados padrões comportamentais que são, por via de regra, praticados por pessoas dotadas de certa influência socioeconômica e se valem destas condicionantes para a concretização de seus fatos delituosos. Não se discute, é óbvio, que os autores de crimes de “colarinho branco” sujeitam-se a idênticos pressupostos de imputação exigidos aos criminosos comuns, ou seja, a prática de um comportamento típico, antijurídico e culpável, segundo preconiza a dogmática penal. É fato, todavia, que esta classificação de autor serve, em caráter de exclusividade, para estabelecer fatores criminológicos que determinam as causas do crime, o que certamente contribui para que os órgãos de persecução do Estado possam, preventiva e repressivamente, coibir a violação dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal. Luciana Krempel (*op.cit.*) aponta, com propriedade, as principais características dos crimes de colarinho branco, sendo elas: complexa divisão de tarefas; ausência de violência; dificuldade probatória, já que se concretiza, por via de regra, na clandestinidade; vítimas, muitas vezes, difíceis de serem identificadas (decorrência da violação de bens jurídicos supraindividuais); condutas dos agentes de colarinho branco; grande dificuldade de se individualizar responsabilidades (decorrente da hierarquização e da complexa divisão de atribuições dos autores do delito). Estas são, em síntese, as mais destacadas características dos crimes de colarinho branco, o que se autoriza inferir que, no fenômeno da corrupção pública, as características do autor, na maioria das vezes, dificulta ainda mais que os órgãos do Estado promovam a respectiva persecução penal.

2. Crimes contra a Administração Pública e Atos de Improbidade Administrativa. Principais Aspectos de Aproximação

Frise-se, uma vez mais, que a corrupção é um ilícito multifacetário. Com o mesmo comportamento funcional, pode o agente violar vários bens jurídicos protegidos por microsistemas diversos e incorrer em sanções correspondentes a cada ramo jurídico ofendido.

Assim, o ato de corrupção sujeita o agente público às sanções advindas do direito penal, civil e administrativo, sendo certo que cada um desses microsistemas contém seus respectivos princípios. Todos, evidentemente, compatibilizam-se com as diretrizes principiológicas resguardadas constitucionalmente.

Os principais diplomas legais que sancionam os atos de corrupção são, atualmente, Decreto-lei nº 201/1967; Lei nº 1.079/1950; Lei de Ação Popular; Código Penal; Lei de Ação Civil Pública; Lei de Improbidade Administrativa; Lei de Licitações; Lei Anticorrupção, Lei de Lavagem de Ativos e códigos funcionais de conduta, que estabelecem comportamentos funcionais devidos pelos agentes públicos/políticos dos entes a que estão alocados.

O presente trabalho não visa analisar, ainda que superficialmente, todos esses diplomas legais, quer porque seria uma tarefa quase impossível, quer porque desbordaria dos limites aqui propostos.

Na verdade, pretende-se estabelecer algumas aproximações do direito penal e do direito administrativo sancionador (sem que estes paralelos possam confundi-los), estabelecendo uma linha comum desses microsistemas de punição, para se concluir pela admissibilidade ou não da aplicação do instituto da colaboração premiada na Improbidade Administrativa.

Para cumprir tal mister, inicia-se com um conceito extraído dos atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), como sendo o comportamento do agente público ou político que, no exercício de sua função, ou em razão dela, por ação ou omissão, enriquece-se ilicitamente, causa lesão ao erário ou viola os princípios que regem a Administração Pública.

Para delimitar as características essenciais dos atos de improbidade administrativa, a partir do direito posto, utilizaram-se as espécies de ações ou omissões ímprobos, descritas nos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Cotejando as disposições legais encartadas nos referidos artigos da Lei de Improbidade Administrativa em frente aos tipos de injusto previstos no microsistema do direito penal, fácil é perceber a correspondência, quer quanto à descrição dos comportamentos proibidos ou exigidos, quer quanto ao espectro de proteção dos bens jurídicos penais e ímprobos. Neste sentido, registre-se:

- as hipóteses típicas do art. 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, encartadas nos incisos I, II e III, cujo núcleo é receber, para si ou para outrem, vantagem indevida, materializa o tipo de injusto de corrupção passiva (art. 317 CP);

- o inciso IV do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, ao cominar ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito do agente, a ação de utilizar, em obra ou serviço particular, veículo, máquina ou equipamentos do poder público, reforça a proteção, já existente, no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967 (utilizam-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, bens, rendas e serviços públicos);
- no art. 9º, inciso V da Lei de Improbidade Administrativa, constitui enriquecimento ilícito receber vantagem econômica de qualquer natureza, para tolerar a prática de jogo de azar, narcotráfico etc. Nesta situação, podem-se vislumbrar duas hipóteses: art. 317, se o agente recebeu vantagem indevida para tolerar. Ao contrário, se dolosamente o agente, embora não receba vantagem indevida, simplesmente tolera a prática de jogo de azar, narcotráfico etc., tendo o dever legal de impedir o resultado, pratica um crime comissivo, por omissão, na forma do art. 13, §2º, alínea a, do Código Penal;
- no art. 10, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, a conduta de facilitar ou concorrer, para a incorporação particular de bens, rendas ou verbas de entes públicos. O correspondente típico é o peculato desvio, em que o agente apropria-se de dinheiro ou qualquer bem móvel, ou desvia, em proveito próprio;
- no art. 10, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa, constitui ato ímprobo a doação, à pessoa física ou jurídica, de bens, rendas ou verbas públicas. Há, na espécie, peculato apropriação ou peculato furto, porque o agente inverte o título da posse, agindo como dono, para doar a terceiro;
- no inciso VI do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o agente realiza operação de crédito, sem observância das formalidades legais. É a hipótese do art. 359-A, do Código Penal – ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, sem autorização legislativa;
- art. 10, inciso VII da Lei nº 8.429/1992, em que o agente frustra a licitude de processo licitatório, ou dispensa indevidamente o certame licitatório. O correspondente penal está descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/1993;
- art. 10, inciso IX – o agente ordena ou permite a realização de despesa não autorizada em lei. O respectivo correspondente penal está encartado no tipo de injusto do art. 359-D do Código Penal (ordenação de despesa não autorizada em lei); e
- art. 10, inciso XII – permitir a utilização de bens da Administração Pública. O correspondente penal, na espécie, está descrito no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 201/1967.

Nota-se, assim, total aproximação dos tipos de injusto penal e improbidade administrativa, cada qual exercendo os respectivos papéis no âmbito da proteção do regime jurídico da Administração Pública. Fábio Guaragni enfatiza as principais características que aproximam estes ramos de proteção (guardadas, contudo, as correspondentes distinções):

Percebe-se, em conclusão, pelo menos quatro superposições entre o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa: 1. ambos fazem parte de uma estrutura maior, o Poder Punitivo Estatal, sendo neste sentido espécies de um mesmo gênero, enquanto manifestações do Poder Punitivo Estatal; 2. são aplicadas pelo poder judiciário; 3. o Direito Penal, pelo menos em parte, contempla os mesmos bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, quando se fala no erário, na probidade, e na boa imagem da Administração; 4. São compostos de sanções que se acumulam ou repetem integral ou parcialmente¹⁸.

Esses caracteres de aproximação decorrentes, fundamentalmente, da natureza multifacetada do ilícito de corrupção, em que o mesmo fato ilícito (*v.g.* percepção de propina de agente público, no exercício de sua função) espraia efeitos nos microsistemas civil, penal e administrativo sancionador, permitem, ao menos aparentemente, pleno diálogo das fontes destes subsistemas, quando, é claro, não se colidam com os pressupostos fundamentais dos respectivos tipos de injusto, que lhes confere individualidade.

2.1. Distinções Fundamentais: Direito Penal e Lei de Improbidade Administrativa. Problemas Advindos da Vinculação

As distinções fundamentais entre o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa foram apropriadamente sintetizadas por Fábio Guaragni¹⁹, sendo elas formais e materiais.

As distinções formais estão inseridas na própria Constituição Federal, que divisa os tipos de injusto, ímprobo e delituoso, ao estabelecer distintas sanções para cada qual (art. 37, §4º). Outras, não menos importantes, são:

- o direito penal é fragmentário, já que, em uma infinidade de bens jurídicos passíveis de proteção, tutela apenas os

¹⁸ GUARAGNI, Fábio André. A lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma análise a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2015.

¹⁹ *Ibidem*, p.22/23.

valores fundamentais; ao contrário, na Lei de Improbidade Administrativa há um sistema contínuo de proteção, que é a proba gestão administrativa;

- a natureza da sanção também é fator formal de distinção, porque o direito penal comina pena privativa de liberdade, de maior gravidade no sistema jurídico, o que não ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa;

- na construção tipológica, os tipos de injusto, para o direito penal, são herméticos e fechados, ao passo que, para o tipo de injusto ímprobo, são abertos e fluídos (diante da falta de descrição objetiva do modelo de comportamento ímprobo).

A distinção de ordem material reside na natureza dos valores tutelados. O tipo de injusto afeto ao direito penal, ao tempo em que se preocupa com um grande universo de autores, resguarda apenas aqueles comportamentos taxativamente descritos que lesem ou exponham a perigo de lesão os bens jurídicos fundamentais, segundo uma ordem valorativa albergada, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. A Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, preocupa-se com a eficiência operacional dos órgãos do Estado, razão pela qual exige, para cumprir tal mister, um comportamento honesto e eficiente.

Assim, os pontos de contato existentes entre o direito penal e a Improbidade Administrativa não reduzem estes microsistemas de proteção a uma relação de conteúdo e continente, já que, cada qual possui natureza, estrutura e princípios que lhes são próprios.

Nessa vertente, o direito penal, ao tempo em que salvaguarda os valores de maior proeminência do Estado, impõe a sanção de maior gravidade, que é a privação da liberdade do homem, valor de igual maneira fundamental. Portanto, para a criação do tipo de injusto de natureza penal, submete-se a um rígido controle de produção normativa, vinculado ao princípio da legalidade e seus corolários necessários (*lex praevia; lex stricta; lex scripta; lex certa*).

A Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, é mais flexível, já que os bens jurídicos nela resguardados, a par de não possuir o caráter da essencialidade exigida pelo direito penal, possui sanções atenuadas.

A estrutura do tipo de injusto de ato de improbidade administrativa, de igual sorte, também não se submete ao princípio da tipicidade cerrada, consoante sói ocorrer no direito penal. Descrevem-se, no *caput* da disposição, os elementos fundamentais da figura típica, apontando nos incisos dos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992, hipóteses exemplificativas, dos comportamentos proibidos ou exigidos no *caput* da disposição legal; igual técnica legislativa foi adotada na Lei Responsabilidade Fiscal (art. 73, da Lei Complementar nº 101/2000); Estatuto da Cidade (art. 52 da Lei nº 10.257/2001); Lei Eleitoral (art. 73, §7º, da Lei nº 9.504/1997).

Apresentadas as principais distinções, passa-se a estabelecer os caracteres fundamentais da colaboração premiada, assim como sua consonância com os postulados de um Estado de Direito democrático.

2.2. Direito Penal e Colaboração Premiada. Conceito de Colaboração Premiada e Compatibilidade Constitucional

Segundo expressa disposição legal, em qualquer fase da investigação, o colaborador poderá (art. 3º, da Lei nº 12.850/2013), voluntariamente e assistido por advogado, contribuir para a investigação ou para instrução do processo, desde que, em decorrência de sua colaboração, haja:

- I – identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II – revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III – prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV – recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e
- V – localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A colaboração premiada trata de causa geral de redução ou isenção de pena, ou de não imputação penal, dependendo das hipóteses estabelecidas, respectivamente, pelas disposições penais encartadas na Lei nº 9.807/1999²⁰ e na Lei nº 12.850/2013.

É evidente que, na colaboração premiada, há interesses contrapostos. De um lado está o titular da investigação, que almeja descortinar os fatos delituosos e ímprobos investigados, para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo. De outro, há o interesse pessoal do autor do delito, de reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

²⁰ Esta Lei estabelece os requisitos à colaboração premiada geral, sendo certo que a Lei nº 12.850/2013 limita-se sua aplicação às organizações criminosas. Assim, nos termos da Lei nº 9.807/1999, dispõe-se que: Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Por outro lado, os críticos da colaboração premiada costumam repetir, inúmeras vezes, que esta especial ligação com o crime ou com comportamentos desviantes tornam seus testemunhos incrédulos e parciais.

Na verdade, é exatamente o contrário. É essa estreita ligação que o colaborador possui com os fatos delituosos ou com a organização criminosa que legitima o Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução, renunciar parcela de sua pretensão punitiva (renúncia que se pode estender a todos os microssistemas de punição do Estado: penal; administrativo; cível) em face do colaborador para, a um só tempo, fortalecer a operatividade de sua investigação e possibilitar a recuperação de ativos financeiros ilicitamente amealhados pela organização criminosa.

O aperfeiçoamento do acordo de colaboração premiada não afeta os direitos fundamentais do investigado ou coautor dos fatos delituosos perpetrados com o colaborador. As eventuais provas apresentadas pelo colaborador, durante a investigação, deverão ser submetidas ao crivo do contraditório e ampla defesa, segundo os postulados inerentes ao devido processo legal.

A importância probatória da colaboração premiada está diretamente ligada com os demais elementos de prova coligidos na investigação. Assim, incumbe aos órgãos de investigação contrastar as provas carreadas com os fatos delatados na colaboração premiada, o que confere ao material probatório solidez e credibilidade. Por esta razão, a simples revogação do acordo de colaboração, não tem o condão de desconstituir as declarações prestadas pelo colaborador, já que esteada em outros elementos probatórios que lhe conferem sustentação e credibilidade.

Portanto, se a isolada retratação não desnatura a confissão, segundo orientação pacífica na doutrina e jurisprudência, de igual medida, a isolada retratação do colaborador, ou a revogação dos termos da colaboração premiada (por descumprimento dos termos de colaboração), não tem o condão de desconstituir a prova validamente produzida.

Por outro vértice, a colaboração premiada possibilita que os órgãos do Estado, investidos em funções públicas, resguardem direitos fundamentais do investigado (liberdade; ampla defesa e contraditório, corolários do devido processo legal), sem se descuidar, fundamentalmente, do direito do cidadão de obter uma segurança pública eficaz, garantindo-lhe, via de consequência, direitos fundamentais também previstos na Constituição Federal.

Assim, ao se devolver dinheiro aos cofres públicos, decorrente do desbaratamento de organizações criminosas com auxílio de colaboradores premiados, confere-se ao cidadão brasileiro o direito à obtenção de prestações públicas fundamentais garantidas no Estado de Direito Democrático e Social (art. 6º da CF), que são diuturnamente omitidas em decorrência da endêmica e sistematizada corrupção de grandes organizações criminosas, instaladas nos mais variados órgãos públicos do Estado e que, mediante sofisticada divisão de tarefas e de forma hierarquizada, desviam fabulosas quantias dos cofres públicos para enriquecimento ilícito de seus integrantes.

Não restam dúvidas, portanto, de que o princípio da proibição da proteção deficiente equaliza, a toda evidência, os pseudoproblemas suscitados pelo parcial setor doutrinário que, de forma irascível, ataca o instituto da colaboração premiada como meio ilegítimo e inconstitucional de obtenção de prova²¹.

Argumenta-se, outrossim, que o direito à não autoincriminação (decorrência do direito ao silêncio) é uma garantia irrenunciável do investigado, o que macularia, desde o início, qualquer possibilidade de o Estado exercer, sob este indivíduo, ato coativo que o leve a confessar o fato delituoso, assim como atribuir corresponsabilidade aos demais membros da organização criminosa.

Trata-se, mais uma vez, de falacioso argumento, quando confrontado com os postulados da Constituição Federal.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana é uma das vigas mestras do Estado de Direito democrático, sobretudo porque se confere ao homem a titularidade de direitos pela simples condição de provir da raça humana (direitos imanescentes, ou realidades objetivas para alguns) como, também, irradia-se deste princípio a plena liberdade de vontade do homem, no sentido de que, de forma absolutamente livre, possui total autonomia para cumprir ou descumprir os comandos normativos (fazer ou não fazer), sujeitando-se, todavia, às sanções advindas de sua decisão (responsabilidade).

Essa plena liberdade de vontade, para fazer ou não fazer, em acordo ou desacordo com a norma, é o fundamento da responsabilidade, em todos os microsistemas do direito (penal, civil, administrativo etc.), e, por conseguinte, a essência do juízo da culpabilidade que incide sobre a conduta típica e antijurídica praticada por um agente, para lhe atribuir um fato delituoso.

Por outro lado, enfatize-se que os benefícios (parcial ou total renúncia à pretensão punitiva, conforme já enfatizado) conferidos por lei ao colaborador são, em caráter de exclusividade, decisões político-criminais que provém, legitimamente, do Congresso Nacional, que representa o povo, verdadeiro titular do poder.

Ademais, aos críticos da colaboração premiada, cumpre estabelecer um paralelo com as benesses, nada criticadas, advindas do instituto da confissão.

De fato, a confissão funciona como causa atenuante de pena àqueles que admitem a prática da conduta criminosa que lhes foi imputada, sendo esta de menor ou maior reprovabilidade. E no sistema da persuasão racional (convencimento motivado) adotado pela Constituição Federal, a confissão, e certamente a colaboração premiada, têm o mesmo valor probatório dos demais elementos de prova, servindo, desde que conectadas com esses outros elementos, como fundamento condenatório.

Assim, a colaboração premiada, com ainda mais razão, isenta ou reduz a pena do réu colaborador que não apenas admite a prática criminosa que lhe é imputada, como também auxilia o Estado no descortino da organização criminosa da qual faz parte ou para a qual contribui.

²¹ Ingo Sarlet, *apud* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *A lógica das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.282.

Nas palavras de Frederico Pereira, a colaboração premiada é de fundamental importância para os órgãos de persecução do Estado, já que confere:²²

(...) reforço nas técnicas investigativas e na coleta de provas, em decorrência do estado de necessidade da investigação. Com propriedade, pontifica-se que a “situação de emergência investigativa manifesta-se atualmente de forma mais provável na criminalidade organizada, associativa ou difusa, tendo em vista as reconhecidas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar algum efeito diante desses fenômenos criminais, principalmente por terem sido instrumentos apuratórios moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizado pela estrutura individual da lesão, cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individual, levando autoridades responsáveis e repressão a condicionar a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado à adoção de métodos especiais de investigação e inteligência.

Portanto, observa-se que a colaboração premiada pode e deve ser utilizada pelos órgãos de persecução Estatal, quer porque se compatibiliza com as regras constitucionais, quer porque sua utilização não impede que os investigados que eventualmente sejam atingidos pelas provas apresentadas pelo colaborador possam contrapô-las, questioná-las ou mesmo negar-lhes validade, segundo o amplo e irrestrito direito de defesa garantido constitucionalmente.

2.3. O Diálogo dos Microssistemas Penal e Administrativo Sancionador

Embora não passem despercebidos os fatores que conferem individualidade ao Direito Penal e à Lei de Improbidade Administrativa, há que reconhecer as aproximações que estes microssistemas encerram, o que torna plenamente admissível a aplicação, nos tipos de injusto decorrentes dos Atos de Improbidade Administrativa, do microssistema do direito penal que permitiu a colaboração premiada, já que:

- parte-se de um mesmo ilícito – ato de corrupção pública – em que o microssistema que tutela os bens jurídicos fundamentais do homem admite a colaboração premiada, como importante instrumento conferido aos órgãos de persecução do Estado, reduzindo, isentando ou até não imputando a ação penal, desde

²² PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 929, p.319-343, mar. 2013.

que cumpridos pressupostos expressamente previstos nas leis de regência (Lei 9.807/99; nº 12.850/2013), quais sejam identificação de novos autores do fato delituoso; identificação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, Lei nº 12.850/2013);

- se o direito penal, microsistema do direito cuja finalidade é a proteção do bem jurídico de maior importância do homem, com a imposição da sanção de maior gravidade no sistema jurídico nacional, admite a colaboração premiada como forma de, a um só tempo, desbaratar o avanço do crime organizado, assim como estimular que autores do fato delituoso se arrependam, contribuindo para que os órgãos de persecução do Estado minimizem os nefastos efeitos da corrupção que assola o país, força é concluir que, partindo de idênticas premissas, deve-se admitir que o direito administrativo sancionador, notadamente a Lei de Improbidade Administrativa, valha-se de idêntico instituto jurídico (colaboração premiada), para a consecução de idêntica finalidade;

- a Lei Anticorrupção nº 12.486/2013 admitiu, no âmbito do Direito Administrativo, o instituto do acordo de leniência, que autoriza a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a celebrar acordo com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Este acordo de leniência é, em última análise, a colaboração premiada para pessoas jurídicas.

Portanto, apesar de a Lei Anticorrupção restringir a utilização do acordo de leniência e os seus benefícios às pessoas jurídicas, é certo que o diálogo das fontes confere ao intérprete flexibilidade e dinamismo na aplicação e interpretação de variadas normas jurídicas, a fim de que seja alcançada a finalidade de proteção de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

É possível afirmar, nessa ordem de ponderação, que se os diplomas legais que regulamentam o injusto decorrente da corrupção pública, em suas dimensões penal (Lei nº 12.850/2013) e administrativa (Lei Anticorrupção), admitem a aplicação do instituto da colaboração premiada, não há razão jurídica de se excluir a aplicação do instituto de colaboração na Lei de Improbidade Administrativa. Há regra de colmatação que admite esta aplicação analógica (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942).

Além disso, inexistente óbice legal à aplicação desses institutos ao Processo Civil, diante da regra contida no artigo 140 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)²³, que autoriza expressamente o uso da analogia.

Desse modo, a utilização do compromisso de colaboração premiada no âmbito das investigações é consentânea com os princípios da equidade e de igualdade jurídica, como bem ressaltou o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, que admitiu a aplicação deste instituto na ação de improbidade administrativa denominada “Operação Sanguessuga”²⁴.

No mesmo sentido, destaca-se a doutrina de Andrey Borges de Mendonça²⁵:

Aqui, como lembra Vladimir Aras, podemos invocar o brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem ius*. Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quanto a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador.

Partindo-se da premissa até agora estabelecida, no sentido de que se admite a aplicação da Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa, desde que satisfeitos os requisitos de admissibilidade estatuídos na lei penal analogicamente utilizada, exige-se perceber que se está admitindo a transação das sanções no âmbito da Improbidade Administrativa.

Com efeito, para ser aperfeiçoada a colaboração premiada, exige-se que o titular da pretensão acusatória, por via de regra, o Ministério Público, possa disponibilizar parcela da pretensão de punir do Estado, com o propósito de aperfeiçoar, com o agente público/político ímprobo (que estará necessariamente assistido por advogado), os termos da colaboração premiada.

Há, entretanto, nítida distinção da transação que ocorre no âmbito da colaboração premiada (processo penal), que se sujeita à homologação judicial e ao cumprimento dos requisitos estatuídos pela lei penal (Lei nº 12.850/2013), utilizada

²³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

²⁴ Assim, a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta.

²⁵ Mendonça, Andrey Borges de. *Roteiro de Colaboração Premiada*, São Paulo: mimeo, 2012.

analogamente para os tipos de ilícito descritos na Lei de Improbidade Administrativa e a suposta “transação” na Lei de Improbidade Administrativa (que, conforme será enfatizado, não possui esta natureza, mas simples antecipação da sanção), que passou a ser discutida na doutrina em decorrência da edição da Medida Provisória nº 703/2015 (registre-se, não foi convertida em lei).

3. Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa

Os microssistemas penal, civil e administrativo estão em uma relação de subsidiariedade e complementariedade, já que tutelam o patrimônio público e os princípios administrativos dele decorrentes (art. 37, *caput*, CF: moralidade; impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência), em diversas etapas de valoração e execução, segundo a maior ou menor gravidade de comportamento funcional (desvalor da ação) ou maior ou menor lesão ao bem jurídico resguardado (desvalor do resultado).

É fato, entretanto, que esses microssistemas de proteção da coisa pública precisam “dialogar”, no sentido de se promoverem verdadeiras simbioses de eficazes instrumentos disponibilizados aos órgãos de persecução do Estado, com o propósito de se enfrentarem as novas e modernas técnicas criminosas e ímprobas, no mais das vezes praticadas por sofisticadas organizações criminosas instaladas no interior das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Assim, acordos de leniência e colaborações premiadas têm sido a tônica da atuação do Ministério Público da União e dos Estados, para combater, de forma célere e eficiente, os vultosos desvios que agentes públicos/políticos e seus asseclas impõem aos escassos recursos públicos do Estado.

Nessa vertente, não é crível que o regime jurídico-administrativo que rege os comportamentos funcionais de agentes públicos e políticos não esteja conectado com uma atuação célere e eficiente da prestação jurisdicional, já que a imposição da sanção decorrente da prática de atos de improbidade administrativa descritos na Lei nº 8.429/1992 almeja, precipuamente, estimular os agentes públicos a não violar os bens jurídicos resguardados pelo direito administrativo (caráter preventivo).

É de conhecimento comum que ações civis públicas destinadas à imposição de sanções provenientes da prática de atos de improbidade administrativa se arrastam e eternizam nos tribunais brasileiros, quer porque há uma caótica carência de recursos materiais e humanos no Poder Judiciário, quer porque existem infindáveis recursos disponibilizados no sistema processual nacional.

Portanto, exige-se que se compatibilize a Lei nº 8.429/1992, com o princípio expressamente albergado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual se deve velar por uma atuação eficiente na tutela do patrimônio público, com a consequente prestação jurisdicional célere e eficaz.

De igual maneira, também o princípio da igualdade, materialmente concedido, apenas admite que a discriminação legal esteja amparada em suportes fáticos legitimadores, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, reputa-se inadmissível que, a partir de um mesmo fato de corrupção, os microssistemas de proteção prevejam consequências díspares para o autor deste fato, no sentido de que o direito penal e o direito administrativo sancionador possibilitem que a pessoa física e a pessoa jurídica, respectivamente, possam se valer dos benefícios da colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013 e Lei Anticorrupção), não sendo idêntico benefício estendido ao subsistema de punição previsto na Lei de Improbidade Administrativa.

De igual maneira, não passa despercebido que, nas hipóteses expressamente admitidas pelo direito penal (colaboração premiada) e direito administrativo (acordo de leniência), há, sem dúvida, explícita admissibilidade da transação, que se concretiza no exato momento que o titular da pretensão acusatória (por via de regra, Ministério Público), estabelece, com o autor do fato delituoso, os termos da colaboração premiada, renunciando, total ou parcialmente, a quantidade da sanção penal (redução ou isenção de pena, ou mesmo não imputação), para fins de investigação.

É indubitoso que, em razão da proeminência para os fins de investigação, admite-se que, ao se aperfeiçoar a colaboração premiada no âmbito da Improbidade Administrativa, pode o Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução (Ministério Público), renunciar a imposição de uma, de algumas ou de todas as sanções decorrentes dos tipos de injusto encartados nos arts. 9, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992, assim como minimizar a extensão dos danos, materiais ou morais, advindos da prática dos atos ímprobos.²⁶

Também não há necessidade que as sanções sugeridas na colaboração premiada sejam cumulativamente aplicadas (mas, registre-se: o grande desvalor de ação e de resultado poderão ensejar a proposição de cumulação de todas as sanções, o que pode não ser vantajoso ao agente ímprobo, que terá plena liberdade de vontade, de aceitar ou não os termos sugeridos pelo titular da pretensão acusatória), segundo expressamente admite o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, já que referidas sanções devem estar conectadas com a natureza do fato ímprobo e com a magnitude do injusto.

Para concretizar o compromisso de colaboração premiada, na Improbidade Administrativa, reputa-se indispensável a propositura de ação civil pública, em face de todos os agentes ímprobos, pleiteando, em face do agente colaborador, simples provimento declaratório da prática do ato de Improbidade Administrativa, na hipótese de colaborar, integralmente e no decorrer do devido processo legal, com os compromissos assumidos na colaboração. A 26ª Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina, na Operação Publicano, assim tem se orientado, tal como tem ocorrido na Operação Lava Jato.

Enfatiza-se que essa providência jurisdicional, correspondente à submissão de provimento declaratório do Poder Judiciário é necessária, a um só tempo, porque inexistente expressa previsão da colaboração premiada na Lei de Improbidade Administrativa

²⁶ Emerson Garcia, em sua obra *Improbidade Administrativa*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 914, não admite a aplicação da colaboração premiada na Improbidade Administrativa, porque: há expressa disposição legal proibitiva (art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992; a independência das instâncias civis, penais e administrativas.

e, sobretudo, porque o colaborador precisa contribuir, necessariamente, durante a instrução da ação civil pública pela prática de Ato de Improbidade Administrativa, sob pena de não lhe ser aplicado o instituto de colaboração, analogicamente.

Conforme já enfatizado, se é certo que se confere ao Direito Penal a tutela dos valores de maior importância para o homem (tutela do bem jurídico penal), com a correspondente admissão de renúncia de parcela da pretensão punitiva Estatal, no âmbito da Colaboração Premiada (fins de investigação), não é menos certo que se admita, na Improbidade Administrativa, idêntica ordem de valoração e fundamentação.

Esteado nesses pressupostos, o eminente Desembargador Nilson Mizuta, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, acolheu a tese defendida pela 26ª Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina, ao admitir a aplicação da colaboração premiada, na Lei de Improbidade Administrativa. Neste sentido, observe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETO CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESDOBRAMENTOS CÍVEIS DA OPERAÇÃO PUBLICANO. RECEITA ESTADUAL. COLABORAÇÃO PREMIADA. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO CÍVEL. POSSIBILIDADE. PRAZO EM DOBRO. LITISCONORTE COM DIFERENTES PROCURADORES. INCIDÊNCIA DO ART. 191 DO CPC/1973. DECRETO CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPLEXO ESQUEMA DE SUPOSTOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TRIBUTÁRIOS E LAVAGEM DE ATIVOS, QUE GERARAM A UM SÓ TEMPO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE AGENTES PÚBLICOS E VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO DO ESTADO, EM DECORRÊNCIA DA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. *PERICULUM IN MORA*. PRESUNÇÃO. PROCEDIMENTO DOS PEDIDOS DE DESBLOQUEIO E SUBSTITUIÇÃO DE BENS INDISPONÍVEIS. AUTOS APARTADOS. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ALVARÁ. ART. 725, VII, DO NCPC/2015. POSSIBILIDADE. CELERIDADE E EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. A decisão recorrida estendeu-se demasiadamente sobre a questão, não justificando a assertiva de ausência de fundamentação que possa dar ensejo a sua nulidade.
2. Aquele que colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa.

3. Os dispositivos processuais da LIA podem ser perfeitamente complementados pelo Código de Processo Civil e, da mesma forma, supridos pelo estatuto processual quando aquela lei apresentar lacunas.

4. "Tratando-se de processo em autos eletrônicos, passa a prever o §2º, do artigo em comento a inaplicabilidade do prazo em dobro, o que se compreende dado que as dificuldades de disponibilidade dos autos físicos que justificavam o prazo estendido inexistem na hipótese de autos eletrônicos." (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015, p.321).

5. Uma vez presente a fumaça do bom direito consubstanciado na prática de ato ímprobo, a decretação da indisponibilidade de bens do agravante era medida impositiva, com intuito resguardar o ressarcimento ao Erário, nos termos do art. 7º e parágrafo único da Lei nº 8.429/1992.

6. A medida constritiva de indisponibilidade de bens não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, pois o *periculum in mora* é presumido pela mera existência de fundados indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

7. A adoção do procedimento especial de alvará para a liberação e/ou substituição de bens indisponíveis afigura-se razoável e nenhum prejuízo traz às partes, além de evitar tumulto processual ou desordem à correta instrução do feito principal por causa dos diversos incidentes a serem instalados em consequência do decreto de indisponibilidade de bens.

RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1557374-9 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - J. 29.11.2016).

Por fim, nos termos da expressa disposição legal encartada no art. 17, §2º da Lei de Improbidade Administrativa, eventuais ressarcimentos ao erário, estabelecidos na colaboração premiada, não impedirão à Fazenda Pública de buscar complementação de danos eventuais que repute devidos.

4. Antecipação da Sanção – Improbidade Administrativa de Escassa Magnitude do Injusto

É plenamente admissível, em decorrência do microsistema de proteção da probidade administrativa, que o titular da pretensão possa oferecer sanção antecipada

ao autor da prática do injusto ímprobo, diante da escassa gravidade do fato ímprobo (desvalor de ação e de resultado).

Para tanto, exige-se a emissão de um criterioso juízo axiológico, por intermédio de uma análise concreta e coerente da necessidade/proporcionalidade de se propor ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, segundo a magnitude do injusto ímprobo (maior ou menor desvalor de comportamento e de resultado).

Nesse ambiente, é que se editou a Medida Provisória nº 703/2015²⁷, que expressamente revogou o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa (embora essa medida provisória tenha perdido eficácia, porque não convertida em lei no prazo estatuído).

Afirmam os detratores da admissibilidade da “transação” na Improbidade Administrativa, que inexistente lei expressa que autorize a transação e que há indisponibilidade do patrimônio público, já que se trata de bem todos os cidadãos, razão pela qual seria inadmissível que o Ministério Público transacionasse, já que sua função na ação civil pública seria de simples substituto processual (tutela, em nome próprio, direito que não lhe assiste)²⁸.

Contudo, reputa-se plenamente conveniente e consentâneo com o regime jurídico-administrativo, que o Ministério Público possa, antes da propositura da ação, ou mesmo, durante sua tramitação, emitir um juízo de conveniência e oportunidade, com o propósito de antecipar a imposição das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, adequando a gravidade da sanção, segundo o postulado da proporcionalidade implicitamente resguardado no texto constitucional.

Não há, na espécie, disponibilidade do direito, mas simples antecipação da sanção, para fins de compatibilizá-la, a um só tempo, ao princípio da individualização da pena, proporcionalidade e eficiência, todos de jaez constitucional.

²⁷ É indubitoso que a veiculação desta matéria, por intermédio de medida provisória, legitima questionamento de ordem constitucional, diante da expressa restrição encartada no art. 62, §2º, inciso I, alíneas a da Constituição Federal, que veda a edição de medidas provisórias sobre matérias de direitos políticos. A concretização de atos de Improbidade Administrativa sujeita o autor a sanções que podem suspender direitos políticos, o que certamente estaria vedado pela regra constitucional. Não é este, entretanto, o local em que se enfrentará esta questão.

²⁸ Esta orientação, todavia, olvida-se que a instituição do Ministério Público, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, tem como precípua função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Portanto, os Promotores e Procuradores de Justiça, no exercício do espectro de atribuições gizados pelo texto Constitucional, exercem funções públicas, estando jungidos ao cumprimento do regime jurídico administrativo. Nessa vertente, leciona Carlos Ari Sundfeld, em “Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar”, *In: Revista Trimestral de direito público*, vol. 05, 1994, que “a atividade pública – cujo exercício é regulado pelo direito público – constitui função. Função, para o direito, é o poder de agir cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima, quando dirigido ao atingimento da específica finalidade, que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercícios obrigatórios e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira”. Assim, não é crível que não se outorgue, aos legitimados constitucionalmente para cumprir seus misteres funcionais, que possuam um espectro de discricionariedade, para aferir, concretamente e segundo as balizas estabelecidas pelo regime-jurídico administrativo, as sanções que devam ser propostas, no âmbito da transação, ao agente público ímprobo.

Nesse esteio, inexistente qualquer espécie de transação. Há, ao contrário, simples sanção antecipada, em que o titular da pretensão acusatória propõe a sanção que vislumbra aplicável à espécie. O agente ímprobo, por intermédio da autodefesa e defesa técnica, pode aceitar ou não a proposta de sanção antecipada. A não aceitação implicará sua submissão ao devido processo legal, com os percalços a ele inerentes (longevidade do processo; alto custo; ao *strepitus judicis* etc.).

Assim, por intermédio de uma avaliação antecipada, fundada nas regras de experiência e esteada em um juízo axiológico da magnitude do injusto ímprobo (desvalor de ação e de resultado), impõe-se ao Promotor de Justiça analisar quais sanções seriam cabíveis ao agente, à vista dos princípios da proporcionalidade, da eficiência e da individualização da pena, todos garantidos pela Constituição Federal.

Após este juízo hipotético acerca da sanção aplicável à espécie, não se veda a proposição de uma sanção antecipada, já que esta antecipação estará em consonância com os princípios fundamentais da Constituição Federal.

Portanto, o maior desvalor de comportamento do agente ou de resultado é que permitirá ao órgão de execução do Ministério Público a propositura de uma das sanções encartadas no art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o princípio da proporcionalidade.

A antecipação da sanção ora preconizada estará compatível com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), economicidade, individualização da sanção (art. 5º, inciso LXVI), proporcionalidade e razoabilidade. Assim, os órgãos de persecução do Estado, ao constatarem que o ato de improbidade administrativa possui significativa gravidade, sujeitarão os autores do fato ímprobo ao devido processo legal, nas hipóteses em que se verifique a necessidade/impossibilidade de resolver, de forma consensual, a ordem jurídica violada.

Explica-se. Não se vislumbra qualquer óbice, segundo os postulados do regime jurídico-administrativo, de se conferir, ao titular da pretensão acusatória decorrente dos atos de improbidade administrativa a possibilidade de aperfeiçoar com o agente ímprobo a respectiva antecipação das sanções decorrentes da prática dos atos ímprobos, segundo a necessidade da sanção, esteada no maior ou menor desvalor de ação e de resultado, com vistas à consecução do princípio da proporcionalidade, da individualização da pena e da eficiência.

Portanto, não há que se falar em transação da Improbidade Administrativa, já que, na espécie, inexistirá renúncia do Estado quanto a uma ou algumas das espécies de sanções, previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992²⁹.

²⁹ Com muita propriedade, registre-se habitual, Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi, na tese a ser apresentada no Encontro Estadual do Ministério Público neste ano de 2017, “Possibilidade de solução Extrajudicial de conflitos na área de proteção ao patrimônio Público e da Tutela da Probidade Administrativa”, desmistifica-se o dogma da indisponibilidade do direito no âmbito da Administração Pública, assim como estabelecem fundamentais distinções entre: ausência de improbidade; Improbidade de escasso desvalor de ação e de resultado e a possibilidade de transação na Improbidade Administrativa (v. g., com a colaboração premiada).

A renúncia a uma, algumas ou todas as sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa apenas será possível na transação decorrente da colaboração premiada, hipótese já tratada neste trabalho.

A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu uma ordem decrescente de valoração, ao descrever os atos de improbidade administrativa encartados nos arts. 9º, 10, 10-A e 11. Este paradigma legal, todavia, embora preceitue uma ordem decrescente de magnitude do injusto ímprobo (do maior para o menor), não é estanque, porque admite análises distintas e individualizadas, ainda que excepcionais.

Nesse esteio, há maior desvalor de ação e de resultado nos atos de improbidade administrativa que geram enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), que causam lesão ao erário (art. 10) e que violam os princípios da Administração Pública (art. 11), por via de regra. É indubitoso que, excepcionalmente, seja plenamente possível que o agente público/político tenha se enriquecido com valores ínfimos e com escasso desvalor de comportamento, o que não deveria afastar, em um juízo *ex ante*, a possibilidade de transação.

Registre-se que a concretização da sanção antecipada na Improbidade Administrativa constitui-se em meio capaz de antecipar a pretensão punitiva do Estado de maneira gradual (de acordo com o maior desvalor de ação e de resultado), o que, a um só tempo, é benéfico ao titular da pretensão acusatória, que terá a solução de sua pretensão de forma célere e eficaz, e ao agente ímprobo que, em razão da antecipação de sanção, não estará, durante muitos anos, vinculado a uma relação jurídica processual que se prolonga no tempo.

Nessa vertente, conclui-se plenamente possível a antecipação de sanção no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, desde que, para fins de imposição das sanções descritas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, seja criteriosamente avaliada a escassa magnitude do injusto ímprobo.

Ao contrário, na hipótese de se constatar, por meio de um juízo antecipatório, que a natureza do injusto decorrente do ato de improbidade administrativa tem significativo desvalor de ação e resultado, que poderá ensejar sanções de perda da função pública ou da suspensão de direitos políticos, exige-se, na espécie, a sujeição do agente público/político ao devido processo legal, para que, apenas por intermédio do Estado-juiz, possam ser aplicadas as sanções de maior gravidade previstas na Lei nº 8.429/1992.

Nesse sentido, o maior desvalor do comportamento do agente público acoimado de ímprobo, seu grau hierárquico na estrutura funcional, eventual dever de fiscalização, reiteração omissiva ou comissiva na prática das condutas ímprobas; maior ou menor enriquecimento ilícito são importantes componentes que devem ser avaliados no caso concreto, para se aquilatar o maior ou menor desvalor de comportamento funcional do agente.

De igual sorte, também será indispensável verificar o maior ou menor desvalor do resultado praticado pelo agente ímprobo, que se materializa na escassa ou significativa lesão ao bem jurídico protegido pela Administração Pública, na ampla acepção imposta pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal (de qualquer dos

poderes da República). Assim, escassos danos ao erário, ínfimas ou isoladas lesões aos princípios que regem a Administração Pública deverão influir na maior ou menor imposição das sanções.

Tem-se que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade, implicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá do agente Ministerial que sopesse, fundados na magnitude do injusto (maior ou menor desvalor de ação ou de resultado), quais sanções deverão ser sugeridas ao agente público que violou as disposições disciplinadas pela Lei nº 8.429/1992.

A antecipação da sanção decorrente do ato de improbidade administrativa dotado de escasso desvalor de ação e resultado, outrossim, exige uma necessária ponderação, no que pertine à possibilidade do Promotor de Justiça propor e do autor do fato ímprobo aceitar a sanção antecipadamente proposta, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Poder-se-ia enfatizar que, na espécie, a atuação administrativa do Ministério Público durante a fase de investigação, propondo a sanção antecipada, excluiria da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de direito, nos termos do art. 5º, inciso XLV da CF.

É evidente que o Judiciário apenas é chamado a intervir nas hipóteses em que não ocorram a autocomposição. Nessa quadra, o Ministério Público, fundado em princípios constitucionais (eficiência; proporcionalidade; individualização da sanção; economicidade), tem o poder-dever de avaliar, concretamente, se o ato de improbidade administrativa é revestido da gravidade que legitima a busca de uma tutela judicial, para impor sanções decorrentes do Ato Ímprobo.

De outro lado, há plena liberdade de vontade do autor do fato ímprobo de aceitar a sanção antecipadamente imposta, desde que, é claro, esteja devidamente assistido por advogado. Respeita-se, assim, o princípio da ampla defesa, por intermédio da defesa técnica e autodefesa.

A dignidade da Pessoa Humana, postulado indispensável de um Estado de Direito democrático, também fundamenta autocomposição ora preconizada. Confere-se ao homem, por sua própria condição (ontológica), a plena capacidade de se autodeterminar, de forma responsável.

Luiz Regis Prado, ao se pronunciar sobre o conceito material da culpabilidade, enfatiza que “deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta Brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de se autodeterminar segundo critérios normativos”. Continua, linhas à frente, enfatizando que “(...) o conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme a Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal. Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática”³⁰.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 6ª ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.420.

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto).

Ademais, há inúmeras disposições legais que admitem que órgãos integrantes da Administração Indireta possam propor sanções, sem a intervenção do órgão jurisdicional, o que reforça, ainda mais, os argumentos ora defendidos (possibilidade do Ministério Público propor, no âmbito da Investigação, sanção antecipada), como a hipótese do art. 16, §2º da Lei Anticorrupção³¹, em que há expressa admissão de se excluir do Judiciário a imposição de determinadas sanções à pessoa jurídica que aperfeiçoou acordo de leniência com a autoridade de cada órgão lesado.

O ilícito de natureza tributária também é importante exemplo, já que admite que o autor do fato ilícito cumpra a obrigação tributária imposta administrativamente, pagando a multa decorrente da prática do injusto tributário. Nesta hipótese, demonstra-se a plena comunicabilidade das searas administrativas e judicial, já que o pagamento administrativo implica extinção da punibilidade do injusto penal.

Anote-se que as ponderações ora tratadas são endereçadas a antecipação da sanção decorrente do ato de improbidade administrativa dissociada de qualquer compromisso de colaboração premiada aperfeiçoado entre o Ministério Público e autor do fato ímprobo.

Nessa hipótese, não se vislumbra incompatível que o Ministério Público, titular da investigação e legitimado da propositura de ação civil pública pela prática de ato de Improbidade Administrativa, proponha, à defesa técnica, sanções antecipadas decorrentes do tipo de injusto ímprobo, desde que as referidas sanções propostas não exijam, necessariamente, a intervenção do Poder Judiciário, para gerar seus necessários efeitos. Assim, não se admitiria a antecipação da sanção de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.

5. Ministério Público do Estado do Paraná: Antecipação da Sanção Decorrente do Ato de Improbidade Administrativa e Transação na Colaboração Premiada

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, por intermédio de seu Presidente, Procurador-Geral de Justiça Ivonei Sfoggia, editou a Resolução nº

³¹ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

01/2017, segundo a qual se admite o acordo de leniência na Improbidade Administrativa (leia-se: antecipação da sanção decorrente do Ato ímprobo) e a transação decorrente da Colaboração Premiada, em indisfarçável decisão político-institucional vocacionada a uma interpretação racional do direito administrativo, sempre voltada à consecução dos princípios da eficiência, da proporcionalidade e da probidade no âmbito da Administração Pública.

Não se olvida que o Ministério Público Paranaense (e outras instituições que, indubitavelmente, seguirão idêntica orientação) terão um longo caminho a ser perseguido, já que se fará necessário estabelecer critérios objetivos de aferição do maior ou menor desvalor de ação e de resultado.

Esses referenciais, frutos de discussões e experiências dos Promotores e Procuradores de Justiça com atribuições na Defesa do Patrimônio Público, servirão de ótimo paradigma para as antecipações de sanções a serem ofertadas ao agente ímprobo.

A coragem inovadora do Ministério Público do Estado do Paraná merece ser reconhecida. É fato, todavia, que se utilizou, no art. 3º da referida Resolução, a expressão “ilícito de menor potencial ofensivo”, para expressar os atos de improbidade administrativa dotados de escasso desvalor de ação/resultado, passíveis de antecipação de sanção.

O conceito de menor potencial ofensivo, entretanto, evoca determinados princípios de direito penal inaplicáveis para o Direito Administrativo sancionador. Assim, o princípio da insignificância, que segundo orientação majoritária da doutrina e jurisprudência, torna a conduta materialmente atípica, talvez seja o exemplo mais expressivo.

Dessa forma, para dimensionar a magnitude do injusto decorrente do ato de improbidade administrativa, exige-se investigar o maior ou menor desvalor de ação e de resultado. Não se diga que estes conceitos são indeterminados, ou demasiadamente fluidos, já que, de igual modo, a expressão “menor potencial ofensivo” também admite idêntica fluidez conceitual.

Para que o Ministério Público avalie as sanções a serem pleiteadas, no âmbito da transação, exige-se a emissão de um juízo de valoração acerca do fato ímprobo.

Por outro lado, a Resolução nº 01/2017 também admitiu a Colaboração Premiada nos Atos de Improbidade Administrativa, desde que cumpridas as condições encartadas neste ato normativo. Mais uma vez, a Instituição Paranaense atuou na vanguarda quanto ao enfrentamento do combate à corrupção.

Seguindo idêntica orientação do Ministério Público Paranaense, o Conselho Nacional do Ministério Público, em data de 26 de julho de 2017, editou a Resolução nº 179/2017, com o propósito de regulamentar o §6º do art. 5º, da Lei nº 7.347/1985, que trata do compromisso de ajustamento de conduta.

No âmbito desse ato normativo, o Conselho Nacional admitiu, no art. 1º, §2º, a possibilidade de se firmar compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de Improbidade Administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em Lei, de acordo com a conduta ou ato praticado (expressões utilizadas no referido ato normativo).

A redação aprovada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, embora inovadora, merece algumas críticas em razão de sua elasticidade e total falta de objetividade que deve nortear a atividade ministerial.

Não se exigiu, como pressuposto da transação (leia-se, sanção antecipada, conforme esposado linhas atrás), escasso desvalor de comportamento ou de resultado, o que poderá propiciar desarrazoados termos de ajustamento de condutas desconectados com a magnitude do tipo de injusto ímprobo.

6. Colaboração Premiada e Antecipação da Sanção: Dosimetria

Nos termos do art. 12, incisos I, II, III, e IV da Lei nº 8.429/1992, a aplicação das referidas sanções deve considerar as circunstâncias do caso, a fim de se estabelecer “uma relação de adequação entre o ato e a sanção, sendo esta suficiente à repressão e à prevenção da improbidade”³².

Para cumprir tal mister, outorga-se ao magistrado, de acordo com seu livre convencimento motivado, o poder-dever de estabelecer a pena aplicável à espécie, segundo o postulado da proporcionalidade garantido pela Constituição Federal, que exige, a um só tempo, a imposição de uma sanção adequada e suficiente para prevenir e reprimir os atos de improbidade administrativa”.

Para imposição de uma sanção adequada e suficiente do ato de improbidade administrativa, recomenda Fábio Osório Medina uma percuciente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa, decomposto de desvalor de ação e desvalor de resultado, observando que:

Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...].

Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor.

Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de manifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama revela que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade³³.

³² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.286.

Portanto, a individualização das sanções decorrentes do Ato de Improbidade Administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, negativo, da ação típica (desvalor de ação) e de resultado (lesão ao bem jurídico tutelado), para majorar ou minorar as consequências dos atos ímprobos praticados pelo agente público.

Assim, para estabelecer os pressupostos de imputação, do tipo de injusto, exige-se³⁴:

os componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes.

Nessa vertente, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público.³⁵

Emerson Garcia, com costumeira propriedade, colaciona lição de Marcelo Caetano quanto à responsabilização disciplinar de agentes públicos, no sentido de que:

devem ser consideradas as circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior e o nível intelectual e de cultura etc., sendo atenuantes, "... o bom comportamento anterior do agente; o ter prestado serviços relevantes; a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o acatamento de boa fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência".³⁶

³⁴ *Ibidem*, p.241.

³⁵ OSÓRIO, FÁBIO Medina, *ob. cit.*, p.241.

³⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013, p.698/699.

Estes são, por via de regra, os delineamentos gerais da dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa. Para fins de aplicação da colaboração premiada, na Lei de Improbidade Administrativa, exige-se do magistrado, com atuação no juízo cível, que emita um juízo axiológico, destinado a adequar as regras de redução, isenção e não imputação, previstas na Lei Penal nº 12.850/2013.

Deve o magistrado, a toda evidência, resguardar os pressupostos distintos quanto à constituição dos injustos penal e de improbidade administrativa, especialmente no que se refere à natureza da sanção, como sua individualização. Portanto, a norma penal incriminadora, por conter um mínimo e máximo, admite uma graduação do injusto, segundo maior ou menor desvalor de ação e resultado.

De igual sorte, o tipo de injusto decorrente do ato de Improbidade Administrativa também admite mensuração. Conforme já acentuado, duas hipóteses poderão ocorrer:

- uma – sendo mera antecipação da sanção, deve-se escolher, esteado na magnitude do injusto (desvalor de ação e de resultado), qual(is) espécie(s) de sanção será aplicável.

Note-se que há um importante problema a ser dirimido. Com efeito, sendo a antecipação da sanção concretizada no âmbito do devido processo legal (após a propositura da ação civil pública pela prática do Ato de Improbidade Administrativa), basta que, nos termos do art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil, o juízo profira uma sentença, com resolução de mérito, pelo reconhecimento da procedência do pedido.

O problema reside, entretanto, para se propor uma sanção antecipada, durante fase de investigação realizada pelo Ministério Público.

Assim, poderá órgão de execução do Ministério Público fazer um Termo de Ajustamento de Conduta, em que se propõe a sanção antecipada (à vista do escasso desvalor de ação e de resultado, conforme já salientado), mediante a expressa aceitação do agente ímprobo, devidamente representado por advogado (defesa técnica).

Ato contínuo, caso seja exigência institucional, conforme a Resolução nº 01, do Estado do Paraná, deverá submeter este Termo de Ajustamento de Conduta ao Órgão Superior (no Ministério Público do Estado do Paraná, é o Conselho Superior do Ministério Público), para a devida homologação.

- duas – na hipótese de Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa, é possível, fundado na necessidade da investigação ou nos pressupostos estabelecidos na Lei Penal referencial (Lei nº 12.850/2013), optar por uma, algumas ou até mesmo pela ausência de sanção, após a necessária contribuição, durante o devido processo legal, do réu colaborador. O Judiciário, ao final do processo, deverá avaliar a concreta contribuição do colaborador, para fins

de mensuração das sanções que serão devidas. Se a colaboração premiada for firmada antes da propositura da ação de Improbidade Administrativa, faz-se necessário submeter à análise e controle ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação.

7. Conclusões

O Estado, por intermédio de seus órgãos de persecução e julgamento, deve estar apto para apreciar e julgar os delitos de corrupção pública, valendo-se de provas diretas e indiretas, esteado em uma valoração probatória assentada no livre convencimento motivado do órgão jurisdicional.

Não é crível que, em razão dos avanços tecnológicos e científicos disponíveis às organizações criminosas e das dificuldades probatórias nos crimes de corrupção pública, os órgãos jurisdicionais exijam, para proferir decreto condenatório, a apresentação de provas diretas para se comprovarem delitos que ocorrem na clandestinidade, já que esta exigência é resquício de um sistema de prova tarifada não albergada pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal, além de não se coadunar com a natureza das coisas (o que redundaria em verdadeira prova diabólica, impossível de se demonstrar).

A prova indiciária (espécie de prova indireta), nos delitos que por via de regra não deixam vestígios, é o caminho possível para que o órgão julgador possa processar e julgar intrincados esquemas de corrupção pública e lavagem de ativos submetidos à sua apreciação.

A colaboração premiada, aperfeiçoada entre Ministério Público e réu colaborador, em cotejo com as regras da experiência (presunções *hominis*), e o amplo espectro de provas indiretas, certamente servirão de indispensáveis elementos e meio de obtenção de provas, disponibilizados ao julgador, no âmbito do devido processo legal.

Embora não passem despercebidos os fatores que conferem individualidade ao Direito Penal e à Lei de Improbidade Administrativa, capítulo do Direito Administrativo Sancionador, tem-se que reconhecer que as aproximações que estes microssistemas encerram torna plenamente admissível a aplicação, nos tipos de injusto decorrentes dos Atos de Improbidade Administrativa, do microssistema do direito penal que permitiu a colaboração premiada, porque:

- parte-se de um mesmo ilícito – ato de corrupção pública – em que o microssistema que tutela os bens jurídicos fundamentais do homem, admite a colaboração premiada, como importante instrumento conferido aos órgãos de persecução do Estado;
- se o direito penal, microssistema do direito cuja finalidade é a proteção do bem jurídico de maior importância do direito, admite a colaboração premiada como forma de desbaratar o avanço do crime organizado; estimular que autores do fato delituoso se

arrependam e contribuam para que os órgãos de persecução do Estado minimizem os nefastos efeitos da corrupção que assola o país, conclui-se que, partindo de idênticas premissas, deve-se acometer ao direito administrativo sancionador, notadamente a Lei de Improbidade Administrativa, valer-se de idêntico instituto jurídico (colaboração premiada), para a consecução de idêntica finalidade;

- a Lei Anticorrupção nº 12.486/2013 admitiu, no âmbito do Direito Administrativo, o instituto do acordo de leniência, que autoriza a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a celebrar acordo com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Este acordo de leniência é, em última análise, a colaboração premiada para pessoas jurídicas.

Portanto, a Lei Anticorrupção, embora restrinja a utilização do acordo de leniência e os seus benefícios às pessoas jurídicas, é certo que o diálogo das fontes confere ao intérprete flexibilidade e dinamismo na aplicação e interpretação de variadas normas jurídicas, a fim de que seja alcançada a finalidade de proteção de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Nesse sentido, é aplicável a colaboração premiada à Lei de Improbidade Administrativa, sendo passível a redução, ou mesmo não aplicação das sanções decorrentes do ato ímprobo, segundo a maior ou menor importância da colaboração, para os fins da investigação.

Não há necessidade de que as sanções sugeridas na colaboração premiada sejam cumulativamente impostas (mas, registre-se: o grande desvalor de ação e de resultado, poderá ensejar a proposição de cumulação de todas as sanções, o que pode não ser vantajoso ao agente ímprobo, que terá plena liberdade de vontade, de aceitar ou não os termos sugeridos pelo titular da pretensão acusatória), segundo expressamente admite o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, já que referidas sanções devem estar conectadas com a natureza do fato ímprobo e com a magnitude do injusto.

Para concretizar o compromisso de colaboração premiada, no âmbito da Improbidade Administrativa, reputa-se indispensável a propositura de ação civil pública, em face de todos os agentes ímprobos, pleiteando, em face do agente colaborador, simples provimento declaratório da prática do ato de Improbidade Administrativa, na hipótese de colaborar, integralmente e no decorrer do devido processo legal, com os compromissos assumidos na colaboração.

É compatível com o regime jurídico-administrativo a antecipação da sanção decorrente do Ato de Improbidade Administrativa, à vista de criteriosa avaliação da magnitude do injusto (desvalor de ação e de resultado).

Ao se antecipar a sanção de Ato de Improbidade Administrativa de escasso desvalor, atende-se, a um só tempo, aos princípios constitucionais da eficiência; individualização da sanção, proporcionalidade e economicidade.

O desvalor do comportamento do agente público é aferido pelo grau hierárquico na estrutura funcional, eventual dever de fiscalização, reiteração omissiva ou comissiva na prática das condutas ímprobas; maior ou menor enriquecimento ilícito do agente.

O desvalor do resultado materializa-se na escassa ou significativa lesão ao bem jurídico protegido pela Administração Pública, na ampla acepção imposta pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal (de qualquer dos poderes da República). Assim, escassos danos ao erário, ínfimas ou isoladas lesões aos princípios que regem a Administração Pública deverão influir na maior ou menor imposição das sanções.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*; 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001.
- AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração Premiada num Direito Ético. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 771, p.448-453, jan. 2000.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 33, p.43-92, 2009.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e Res Publica: A emergência dos direitos republicanos. *Revista de Filosofia Política – Nova Série*, Porto Alegre, vol. 1, p.91’9-144, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar. *In: Revista Trimestral de direito público*, vol. 05, 1994
- CASTRO, Renato de Lima e GUARAGNI, Fabio Andre (Coord.) e CAMBI, Eduardo (Org.). *Ministério Público: Prevenção, Modelos de atuação e a tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014. 364 p.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das Provas no Processo Penal: Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 361 p.
- DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma análise crítica a partir dos julgados dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016. 317 p.
- ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória: Plea bargaining and suitability of evidence. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 101, p.203-227, mar./abr. 2013.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 6, p.741-774, jul. 2011.

- FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Tiago Cintra. *Corrupção: aspectos processuais. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 4, p.265-284, jul. 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013.
- GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, nº 61, p.93-111, maio./out. 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a perspectiva criminológica da Teoria da Aprendizagem. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 1, p.627-646, jul. 2011.
- KREMPEL, Luciana Rodrigues. O Crime de Colarinho Branco: Aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. São Paulo, vol. 8, p.841-867, out. 2010.
- LATORRE, Ignacio Berdugo Gómez de; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Controle da Corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 947, p.359-383, set. 2014.
- LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 4, p.1079-1120, jul. 2011.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. Aspectos penais da Improbidade Administrativa: uma forma de crime organizado. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. São Paulo, vol. 7, p.1349-1357, nov. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Roteiro de Colaboração Premiada*. São Paulo: mimeo, 2012.
- MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 14 jun. 2016.
- NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa: Legislação comentada artigo por artigo – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2013. 401 p.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007. 574 p.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3ª ed. rev., atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013. 430 p.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 929, p.319-343, mar. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (delação premiada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 77, p.175-201, mar./abr. 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O Crime de Colarinho Branco. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 2, p.437-463, jul. 2011.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. O Combate à Corrupção Pública e a Criminalização do Enriquecimento Ilícito na Ordem Normativa Brasileira. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo, vol. 4, p.915-979, jul. 2011.

SANCTIS, Fausto Martin de. Lei Anticorrupção e Lavagem de Dinheiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 947, p.213-235, set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10/maio/2016.

SOUZA, Artur César de. Nova Hermenêutica para os crimes de Colarinho Branco: Crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, vol. 96, p.319-332, jan./fev. 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

Lei Nº 13.019: Avanço ou Retrocesso?

Rita Tourinho*

Sumário

1. O Terceiro Setor no Cenário Administrativo Brasileiro. 2. Regime Jurídico das Parcerias Anterior à Vigência da Lei nº 13.019/2014. 2.1. Dos Convênios. 2.2. Do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria. 3. Da Lei nº 13.019/2014: a Expectativa de Avanços. 4. Do Chamamento Público na Lei nº 13.019/2014 e Ajustes Diretos. 4.1. A Interpretação Sistemática dos Arts. 30, 31 e 32 da Lei nº 13.019/2014. 5. Do Controle de Contas Constante da Lei nº 13.019/2014: Priorização de Resultados. Avanço ou Retrocesso? 6. Conclusão. Referências.

1. O Terceiro Setor no Cenário Administrativo Brasileiro

Denomina-se terceiro setor as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público. Assim, o Estado seria o primeiro setor, a iniciativa privada, voltada à exploração de atividade econômica, o segundo setor e o terceiro setor seria composto por organizações privadas que se comprometem à realização de interesses coletivos.

Boaventura de Souza Santos define o terceiro setor como “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”¹. Já para José Eduardo Sabo Paes o terceiro setor seria “o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente na sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento”².

A terminologia “terceiro setor” é de origem sociológica, não se encontrando positivada no nosso ordenamento, razão pela qual são utilizadas outras expressões, entre as quais “entes de cooperação”, “organizações não governamentais” e “entidades de caridade”. Segundo Andres Pablo Falconer³, o terceiro setor é o termo que vem encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas privadas, voltadas à produção de bens e serviços de interesse público.

* Promotora de Justiça do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia
¹ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Perreira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p.13.

² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.56.

³ FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. In: www.rits.org.br. Acesso em 02.01.2010.

Nos países centrais surge em virtude da crise do Estado-Providência⁴, capaz de cumprir melhor que o Estado a dimensão social, com a promessa de eficiência gerencial semelhante à do setor privado. Por outro lado, a ausência de fins lucrativos o aproxima do Estado, voltado a satisfazer interesses gerais de forma igualitária, assente em valores humanos e não em valores de capital.

A Reforma Administrativa no nosso país, iniciada nos anos 90 do século passado com a alienação de empresas estatais e a transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, através do regime de concessão, foi o marco da adoção de um novo modelo de Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso⁵, é possível vislumbrar-se três transformações estruturais na reforma do Estado brasileiro. A primeira transformação substancial teria sido a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida a partir das Emendas Constitucionais n^{os} 6 e 7, ambas de 15.08.95, seguidas pela Emenda Constitucional de n^o 36, esta de 28.05.2002. A segunda transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais, quando foram abertas possibilidades de transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada⁶, ocorrendo, também, o rompimento com o monopólio estatal em matéria de petróleo (Emenda Constitucional n^o 9, de 09.11.1995). A terceira linha de transformação, que contribuiu para modificar a feição do Estado brasileiro, deu-se com a instituição do Programa Nacional de Privatização, decorrente da edição da Lei n^o 8.031, de 12.04.1990, substituída, posteriormente, pela Lei n^o 9.491, de 09.09.1997.

Entre os objetivos principais do referido programa incluiu-se a alteração da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Houve a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, passando o Estado a exercer função de regulação e de fiscalização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada e das atividades econômicas sensíveis à sociedade.

Neste novo contexto estatal, verifica-se um movimento em direção ao setor público não estatal. Assim, a execução de serviços que não possuem conteúdo econômico e que não envolvem exercício de poder de Estado é transferida aos entes do terceiro setor, subsidiados pelo Estado. Implementa-se, então, o Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória n^o 1.591/1997, convertida na Lei Federal n^o 9.637/1998, que instituiu no nosso ordenamento as Organizações Sociais. O aludido programa teve por finalidade transferir serviços públicos não exclusivos ao setor público não estatal, financiados pelo Estado. Como vantagens, apresenta-se a atuação com maior autonomia e flexibilidade, garantindo uma maior eficiência na prestação de tais serviços, com ênfase nos resultados.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p.16.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.65.

⁶ Vide as Emendas Constitucionais n^{os} 5 e 8, ambas de 15.08.1995.

No ano de 1999, edita-se a Lei nº 9.790 com o propósito de fomentar atividade particular de interesse público, criando as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público. Viabiliza-se, através deste instituto legal, a cooperação pública às iniciativas particulares que satisfaçam demandas sociais, sem qualquer renúncia estatal ao dever de prestar serviços públicos.

Intensifica-se, assim, a atividade de fomento do Estado, cujo principal destinatário é o terceiro setor.

Com o incremento do terceiro setor, passando a exercer diversos serviços públicos sociais em parcerias firmadas com diversos setores da Administração Pública envolvendo repasse de recursos públicos, surgem diversas preocupações, tais como: critérios de seleção das entidades beneficiadas, objetividade nas atividades repassadas, transparência e controle dos gastos efetivados com os recursos repassados, eficiência e eficácia da parceria, entre tantas outras.

Infelizmente, o crescimento de atividades públicas não exclusivas desempenhadas por entes do terceiro setor no Estado brasileiro ocorreu proporcionalmente ao aumento de atos de corrupção envolvendo tais entidades.

Questionamentos são levantados quanto aos motivos que vêm gerando o desvirtuamento nas parcerias mantidas com os entes privados sem fins lucrativos. Detecta-se, com frequência, desvios de recursos repassados, ausência de prestação de contas, utilização de vínculos como burla ao regime jurídico administrativo, não cumprimento do resultado, entre outras impropriedades.

Apesar da lei nº 9.637/1998, que trata das Organizações Sociais, e da Lei nº 9.790/1999, que aborda as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, o ordenamento jurídico brasileiro ressentia-se da ausência de um diploma legal, de aplicação nacional, estabelecendo normas gerais voltadas a regulamentar as parcerias estabelecidas entre a Administração Pública e os entes qualificados como pertencentes ao Terceiro Setor.

Assim, em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Lei nº 13.204/2015, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as *organizações da sociedade civil*, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em *termos de colaboração*, em *termos de fomento* ou em *acordos de cooperação*; definindo diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e alterando as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Diante dos diversos questionamentos surgidos na análise da nova legislação, este trabalho concentra-se em dois pontos: o chamamento público e a prestação de contas, neste novo cenário. No entanto, convém traçar o quadro existente antes da vigência da Lei nº 13.019/2014.

2. Regime Jurídico das Parcerias Anterior à Vigência da Lei nº 13.019/2014

Conforme já comentado, desde a década de 90 do século passado que no Brasil foram incrementadas as parcerias com os entes privados criados por particulares, sem fins lucrativos, com atuação na área social. Tais vínculos, em regra, até então eram formalizados através de convênios, sem existência de lei específica regulamentando o instituto.

Em 1998 foi instituído o Programa Nacional de Publicização, através da Lei nº 9.637, dispondo também sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, com possibilidade de formalização de Contrato de Gestão com o Poder Público. Já em 1999, a Lei nº 9.790 regulamentou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, instituindo o Termo de Parceria a ser firmado com a Administração Pública.

2.1. Dos Convênios

O convênio aparece definido como “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”⁷. Quando estabelecido com ente privado, funciona como mecanismo de implementação do fomento, viabilizando o exercício de atividades sociais relevantes. Entre as características atribuídas a tal ajuste, tem-se:

- a) o recurso repassado à entidade privada não perde a natureza de recurso público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio;
- b) não é precedido de licitação;
- c) pode ser estabelecido sem prazo certo;
- d) inadmissibilidade de cláusula de permanência.

No que concerne à não exigência de processo licitatório para formalização do vínculo, Jessé Torres Pereira Júnior⁸ sustenta que a Lei nº 8.666/93 não rege convênios, que contratos não são. Tanto que, no art. 116, traça regime especial para celebração de tais ajustes, excluída menção ao processo licitatório. Conforme salientado pelo autor, a Lei de Licitações limitou-se, no seu art. 116, a estabelecer algumas diretrizes para a formalização dos convênios. O §1º, após determinar que a celebração do ajuste depende de prévia aprovação do plano de trabalho, estabelece quais as informações mínimas que devem constar do mesmo. Já o §3º trata da liberação das parcelas do convênio, que deverá ocorrer em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado. Do mesmo dispositivo constam também hipóteses cuja incidência permite a retenção das mencionadas parcelas, até o saneamento das impropriedades, quais sejam:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável,

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.347.

⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.55.

inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

Assim, além da necessidade de controle das parcelas repassadas aos entes privados, há também preocupação com os critérios de escolha das entidades beneficiárias e com as normas a serem aplicadas para as contratações efetivadas com recursos públicos transferidos.

Quanto à escolha do ente conveniado, firma-se no ordenamento jurídico posição quanto à necessidade de critérios objetivos, sob pena de comprometimento dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Já a necessidade de fixação de normas para regulamentar as contratações realizadas com recursos públicos no âmbito do ajuste, surge em atenção aos princípios da eficiência e economicidade, bem como da percepção que muitos convênios passaram a ser firmados como instrumentos de fuga do regime jurídico administrativo, já que tais entes não estão sujeitos à observância das regras contidas na Lei nº 8.666/1993 nas suas contratações, nem tampouco à instauração de processo seletivo na admissão de pessoal.

No âmbito federal, o Decreto nº 6.170/2007, estabelece no seu art. 4º que “a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste”. O art. 5º, por sua vez, aborda a necessidade de previsão de critérios objetivos para a escolha, atentando à capacitação técnica e operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Neste sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União recomendou, no Acórdão nº 1331/2008, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avaliasse a oportunidade e a conveniência de que a União editasse normativos próprios, visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações que se apresentassem viáveis e adequados à natureza dos programas a serem descentralizados.

Já o art. 11, do mencionado Decreto nº 6.170/2007, determina que:

para efeito do disposto no art. 116, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Cabe razão a Lucas Rocha Furtado quando afirma que começa a se firmar o entendimento que as entidades do terceiro setor devam estabelecer regulamentos para os seus contratos firmados com recursos públicos repassados, compatíveis com os princípios da administração pública e os parâmetros definidos na Lei Geral de Licitações⁹.

No acórdão do TCU nº 1331/2008, que se refere ao regime jurídico das compras das entidades do terceiro setor, o Min. Benjamim Zimler conclui que:

No caso das entidades privadas sem fins lucrativos que celebram convênios com a união, hão de ser observados os requisitos mínimos em seus procedimentos licitatórios na aplicação desses recursos públicos federais, tais como os princípios da impessoalidade, moralidade, a realização de cotação dos preços a serem contratados, a fim de se evitar sobrepreço. (...) Ainda que se verifique hipóteses de contratação direta, seja por meio de dispensa, seja por meio de inexigibilidade de licitação, deve haver fundamentação, justificativa de preço, razão da escolha do fornecedor ou executante, nos termos do art. 26, parágrafo único combinado com o art. 116, tudo da Lei nº 8.666/1993.

O referido Decreto Federal trouxe também o Contrato de Repasse que difere do Convênio em razão da transferência de recursos, no primeiro caso, processar-se-á por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União.

Diversos Estados da Federação decidiram regulamentar os convênios firmados com entes do terceiro setor. Assim, o Estado da Bahia, por exemplo, estabeleceu regras concernentes aos convênios nos arts. 170 a 183, da Lei Estadual de Licitações e Contratos – Lei nº 9.433/2005.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Entidades do Terceiros Setor e Dever de Licitar*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte. Nº 65. p.11, maio 2007.

2.2. Do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria

A *Organização Social (OS)*, criada pela Lei nº 9.637/1998, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de Contrato de Gestão. Em verdade, trata-se de titulação conferida a entes privados sem fins lucrativos, que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º, da Lei nº 9.736/1998¹⁰ e preenchem os demais requisitos legais. Após a aquisição da qualificação, via decreto, a entidade poderá firmar Contrato de Gestão com órgão da Administração Pública direta, sujeitando-se a um conjunto de normas que lhe assegura certos benefícios, como, por exemplo, a possibilidade de utilização precária de bens públicos, a cessão de pessoal com ônus para origem e o recebimento de recursos públicos. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições, como a sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública¹¹. Não se trata de exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público. Ressalte-se que a Lei Federal nº 9.637/1998 regulamenta a qualificação de entes privados como Organizações Sociais pela União, razão pela qual diversos estados e municípios já possuem legislações próprias sobre a matéria.

Fala-se que o real objetivo da criação das Organizações Sociais foi a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos públicos que atuam na mesma área de exercício da OS, ou seja, seria a transferência de competências do Estado para o setor privado, o que se depreende com a leitura do art. 20 da Lei nº 9.736/1998. Em diversos estados brasileiros, hospitais públicos são hoje gerenciados por Organizações Sociais.

Acrescente-se que a expectativa de maior eficiência na prestação do serviço, quando realizado por OS, não foi alcançada a contento. Analisando-se as situações fáticas, percebe-se grande deficiência no controle das obrigações assumidas pelo ente privado constantes do Contrato de Gestão, bem como brechas presentes no referido ajuste que acabam por impedir maior prestação no alcance dos objetivos.

Diferente dos convênios, que tradicionalmente contam com prestação de contas, analisadas a partir da apresentação de notas fiscais e demonstrativos que comprovem a utilização do recurso público repassado na execução do objeto constante do Plano de Trabalho, o Contrato de Gestão tem seu controle realizado através da verificação do alcance das metas estipuladas, nos prazos estabelecidos, utilizando-se critérios previamente fixados, o que requer metas claras e uma fiscalização comprometida.

Em sessão plenária do julgamento da ADI nº 1923 que questionou pontos controversos na Lei nº 9.637/1998, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da transferência, para as Organizações Sociais, das atividades

¹⁰ As atividades devem ser dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

¹¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009. p.929.

relacionadas com o art. 1º da Lei, desde que a formalização do Contrato de Gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios administrativos, constantes do *caput* do art. 37, da Constituição Federal, apesar da não incidência do inciso XXI, do mencionado dispositivo constitucional. O voto condutor do julgamento, proferido pelo ministro Luiz Fux, foi no sentido de afastar qualquer interpretação que restrinja o controle da aplicação de verbas públicas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Ele também salientou que tanto a contratação com terceiros como a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

A *Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)*, criada pela Lei nº 9.790/1999, é também uma qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa privada, para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por Termo de Parceria. Diferente da OS, a qualificação da entidade como OSCIP é ato vinculado. Assim, preenchidos os requisitos legais constantes dos artigos 3º e 4º, do referido diploma legal, a entidade requerente terá direito subjetivo à qualificação, que no âmbito federal é solicitada ao Ministro da Justiça, dispondo este de 30 (trinta) dias para se manifestar quanto ao pedido, que, uma vez deferido, gera a emissão de um certificado de qualificação. Saliente-se que o relator da ADI nº 1923, Carlos Ayres Brito, ressaltou que o indeferimento de qualificação como Organização Social deve ser pautado pela transparência e motivação, observando critérios objetivos constantes de ato regulamentar.

Difere-se, ainda, da OS pela finalidade de sua instituição. Em verdade, o objetivo buscado com a introdução da OSCIP no ordenamento jurídico brasileiro foi viabilizar o fomento da atividade particular de interesse público. Assim, a intenção do legislador foi apenas viabilizar a cooperação pública às iniciativas particulares voltadas ao atendimento de demandas sociais, sem a renúncia do dever estatal de prestar o serviço público, diferentemente do objetivo de instituição da OS, qual seja, a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos. O Termo de Parceria firmado entre a OSCIP e a Administração Pública não difere do Contrato de Gestão, quanto ao seu conteúdo. Assim, também é instrumento destinado a estabelecer metas e programas a serem desenvolvidos pela entidade, fixar prazos para cumprimento dos objetivos traçados, definir critérios objetivos de avaliação de desempenho e apresentar as vantagens outorgadas. Apesar de a lei não tratar expressamente da possibilidade de cessão de servidor com ônus para origem, esta é admitida por parte da doutrina¹². Para qualificação de entidade privada como OSCIP no âmbito estadual ou municipal, necessário se faz a criação de leis disciplinadoras da instituição desses entes.

Antes da celebração de Termo de Parceria deve ser consultado o Conselho de Políticas Públicas (art. 10), que provavelmente deve contar com representantes

¹² Neste sentido manifesta-se Raquel Melo Urbano de Carvalho (*Curso de Direito Administrativo*). Salvador: Podium, 2009. p.966).

da comunidade, garantindo o princípio da participação popular. A eficiência é estabelecida no art. 10, §2º, que exige a utilização de critérios objetivos de avaliação de desempenho da OSCIP.

No âmbito federal, o Decreto nº 3.100/1999 determina que a escolha da Organização de Sociedade Civil de Interesse Público, para formalização do Termo de Parceria, deverá ser precedida de concurso de projetos a ser realizado pelo órgão estatal parceiro.

Também se percebe na prática o desvirtuamento da utilização das OSCIPS pelos entes federados. Assim, os Termos de Parceria muitas vezes são firmados com o claro propósito de fuga ao regime jurídico de direito público, estabelecendo finalidades abstratas, amplas, sem qualquer critério de avaliação, com transferência de recursos públicos que acabam sendo utilizados para fins diversos do quanto estabelecido legalmente. Como exemplo, pode-se apresentar a utilização do Termo de Parceria com o simples propósito de contratar mão de obra com fuga à regra do concurso público e burla ao limite de gasto de pessoal, constante da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3. Da Lei nº 13.019/2014: a Expectativa de Avanços

Conforme já mencionado, em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, transformada na Lei nº 13.204/2015, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

O regime estabelecido pela Lei não se aplica às parcerias já regidas por leis específicas. Desta forma, destaca-se a sua inaplicabilidade aos Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais, aos Termos de Parceria estabelecidos com Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, aos Convênios firmados com as entidades filantrópicas, nos termos do art. 199, parágrafo 2º da CF e às parcerias entre a Administração e os Serviços Sociais Autônomos.

De logo, critica-se a precoce alteração da Lei nº 13.019/2014, pela Lei nº 13.204/2015, que acabou por dificultar o controle das parcerias e facilitar a violação dos princípios acolhidos pela própria legislação no seu art. 5º.

Inegáveis os avanços trazidos pela norma legal em comento, entre os quais se tem: a uniformização da qualificação das entidades sujeitas à lei como *Organização de Sociedade Civil* (art. 1º, I, a), a uniformização dos instrumentos para a efetivação dos ajustes, tendo-se, então, o *Termo de Colaboração* (art.1º, VII), o *Termo de Fomento* (art. 1º, VIII) e o *Acordo de Cooperação* (art. 1º, VIII-A), o regime jurídico das parcerias sujeitos aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º), a implementação da gestão pública democrática e da participação popular, a partir da instituição do Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 18 a art. 21) e a previsão do chamamento público, antecedendo as parcerias estabelecidas com as Organizações da Sociedade Civil, com fixação de cláusulas de observância obrigatória nos editais (art. 23).

Por outro lado, alguns aspectos constantes da Lei nº 13.019/2014 comprometem a implementação do princípio da impessoalidade e trazem questionamentos quanto à forma de controle adotada, com possível prejuízo aos princípios da transparência e economicidade.

Assim, conforme já aventado, este trabalho limita-se a abordar alguns dos aspectos que frustram as expectativas positivas frente à nova norma. Primeiro, abordar-se-á o chamamento público, instrumento implementador do princípio da impessoalidade, seriamente comprometido pelas hipóteses de ajustes diretos trazidos na lei. Posteriormente, tratar-se-á do controle da economicidade no novo modelo, que prestigia o alcance de metas, em detrimento da prestação de contas nos moldes tradicionais.

4. Do Chamamento Público na Lei nº 13.019/2014 e Ajustes Diretos

A utilização do chamamento público foi trazida como regra no art. 23, da Lei nº 13.019/2014, segundo o qual:

a administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

O chamamento público espelha um procedimento seletivo, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (art. 2º, XII). Por outro lado, o chamamento deve adotar procedimento claro, objetivo e simplificado, para orientação dos interessados e maior facilidade de acesso às instâncias administrativas (art. 23, *caput*).

Diante de tal regra, causa, de imediato, perplexidade a introdução do art. 29 à Lei nº 13.204/2015, de acordo com o qual:

os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

Assim, sem qualquer justificativa plausível, o chamamento público deixa de incidir em ajustes firmados com recursos públicos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais.

Parece um verdadeiro paradoxo que uma lei supostamente fundamentada em princípios administrativos, entre os quais o da impessoalidade e o da moralidade, exclua a incidência do instrumento voltado à efetivação de tais princípios aos ajustes firmados com recursos decorrentes de emendas parlamentares, cujas denúncias de desvios e prática de crimes, infelizmente, já fazem parte do cotidiano, gerando questionamentos quanto a real destinação de tais verbas. Somente a título de exemplo, tem-se o suposto esquema de corrupção no Ministério do Turismo, no ano de 2011, originado por desvios de verbas de convênios com o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Infraestrutura Sustentável (Ibrasi), para atuação no estado do Amapá, relacionados com duas emendas parlamentares. Este é apenas um dos milhares de casos facilmente encontrados em pesquisas realizadas em sites de notícias. A exceção trazida pela Lei garantirá que os autores das emendas parlamentares continuem a indicar os entes que pretendem ter como gestores dos recursos repassados, prestigiando interesses pessoais em prejuízo à concretização de direitos fundamentais.

Acrescente-se que, segundo o art. 29, somente ocorrerá o chamamento público nas hipóteses de acordos de cooperação, ou seja, aqueles ajustes que não envolvam transferência de recursos financeiros, quando estabelecerem a celebração de comodato, doação ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial.

A lei, coerente com os princípios administrativos acolhidos, trouxe algumas hipóteses de dispensa do chamamento público. Quando o diploma legal se reporta a tais hipóteses está se referindo às situações nas quais, embora viável a competição entre os interessados, o chamamento afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.

O texto original da Lei nº 13.019/2014, ou seja, antes da alteração lançada pela Lei nº 13.204/2015, trazia como hipóteses de dispensa de chamamento público apenas:

Art. 30. (...) I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame;

II – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – (VETADO);

V – (VETADO).

Note-se que o texto original trouxe poucas hipóteses de dispensa do chamamento público. A primeira situação, constante do inciso I, é facilmente justificável, uma vez que ocorrendo um caso de urgência, não será razoável a realização de processo seletivo, já que a demora na sua efetivação poderá gerar danos irreparáveis. Observe-se que visando resguardar o princípio da impessoalidade, trata de objeto de parceria já celebrada anteriormente, cuja escolha da Organização de Sociedade Civil obedecerá à ordem de classificação do anterior chamamento público, aceitas as mesmas condições da entidade vencedora do certame. Perceba-se que tal dispositivo parece conciliar a redação do inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, que trata da dispensa emergencial, com o disposto no inciso XI, do mesmo artigo, que aborda a dispensa para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento.

No que concerne à segunda hipótese, além de difícil ocorrência, também parece justificada diante da situação de caos que pode levar à imediata formalização do vínculo, sendo hipótese de provável incidência no âmbito federal, já que contratações derivadas de situação de guerra ou grave perturbação da ordem pública estão mais afeitas àquela esfera de governo. Também sem maiores problemas à terceira situação, que visa resguardar a vida de pessoas que se encontram em programa de proteção.

Com a alteração do referido diploma legal pela Lei nº 13.204/2015, o art. 30 sofreu modificações, passando a admitir a dispensa de chamamento nas seguintes situações:

I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;

II – nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – (VETADO);

V – (VETADO);

VI – no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Manteve-se no inciso I a dispensa de chamamento em virtude de situação de urgência, no entanto não mais é necessário que seja no âmbito de parceria anteriormente realizada, deixando, em consequência, de estabelecer critério de escolha do parceiro. Deve-se ressaltar que para adoção da via rápida não basta a preocupação do administrador público em solucionar problemas com os quais se depara cotidianamente, sendo necessária a constatação do risco de dano às pessoas ou coisas.

O inciso II foi também ampliado, passando a contemplar a dispensa por situação de calamidade pública. Entende-se por calamidade pública a situação de anormalidade causada normalmente por eventos da natureza que colocam em risco, de modo efetivo ou potencial, a segurança ou a integridade de pessoas ou bens. A anormalidade deve ser formalmente declarada pelo chefe do Poder Executivo a cargo do qual estiver a situação, através de decreto. A partir desse ato, as parcerias relacionadas à situação e que sejam necessárias para resolver ou controlar a anormalidade, sem a observância do chamamento, poderão ser consideradas válidas.

O inciso III não sofreu alteração. Porém, certamente a introdução do inciso VI, ao art. 30, pela Lei nº 13.204/2015, é a mais questionável, pois permite a formalização de ajuste direto para realização de atividades voltadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

A lei não especificou o sentido conferido ao termo “credenciadas”. Por certo que o credenciamento constante do dispositivo se distancia do sentido conferido pela doutrina e jurisprudência, que o definem como hipótese de inexigibilidade de licitação, ocorrendo quando a Administração pretende contratar, de forma igualitária, todos os interessados que atendam às condições previamente estabelecidas para a satisfatória prestação do serviço de que necessita o Poder Público. Na hipótese do art. 30, parece que o credenciamento se aproxima do sentido de cadastramento, trazido no art. 34, da Lei nº 8.666/1993 e replicado, com algumas alterações, pela Lei nº 12.462/2011, art. 31.

Ora, sabendo-se que a grande maioria dos vínculos formalizados com entidades do Terceiro Setor está vinculada à saúde, à educação e à assistência social e que, existindo organizações previamente credenciadas a Administração Pública poderá dispensar o chamamento público, questiona-se: *como será efetivado o princípio da impessoalidade na hipótese de existirem diversas entidades credenciadas aptas à formalização do ajuste?*

Tentando responder a tal questionamento, pode-se afirmar que o chamamento público em tal caso somente poderá ser dispensado quando a Administração Pública dispuser de recursos suficientes para fomentar a atuação de todas as Organizações de Sociedade Civil previamente credenciadas, que possuam interesse em formalizar determinada parceria. Isso porque a escolha da entidade beneficiária deverá ser pautada em critérios objetivos, garantidores dos princípios expressamente elencados no art. 5º como fundamentos do regime jurídico da lei, entre os quais o da impessoalidade e o da moralidade. Assim, existindo mais de uma entidade credenciada perante a Administração Pública, impõe-se a fixação de critérios transparentes e objetivos para a escolha.

Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/1998, que dispõe sobre as parcerias com Organizações Sociais (ADI 1923/DF), deixou assente que a celebração de Contrato de Gestão não se submete à exigência de prévio procedimento licitatório, ante a sua natureza jurídica de convênio em sentido amplo. Entretanto, o STF consignou que:

Diante de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da *incidência direta dos princípios constitucionais* da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

Embora tal decisão se refira a Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais, a *ratio decidendi* extraída do acórdão do STF, qual seja, a impossibilidade de a Administração Pública, por motivo de escassez de bens e recursos públicos, formalizar parceria com todas as entidades privadas interessadas, a sua escolha deverá ser realizada a partir de procedimento público impessoal pautado em critérios objetivos, aplica-se a todos os ajustes negociais de natureza similar, a exemplo dos Termos de Colaboração e Termos de Fomento instituídos pela Lei Federal nº. 13.019/2014, eis que submetidos ao influxo do princípio constitucional da impessoalidade e da moralidade administrativa, conforme já salientado. Tal conclusão reforça-se com a leitura do art. 32 da Lei nº 13.019/2014, que exige justificativa em caso de ausência do chamamento público, tanto na hipótese de dispensa como em situação de inexigibilidade.

No que se reporta à inexigibilidade do processo de chamamento público, determina a lei que:

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

I – o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;

II – a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada

expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I, do §3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 200.

De logo, deve-se ressaltar que o *caput* do art. 31 apresenta função normativa autônoma, uma vez que um ajuste direto poderá nele se fundar, ou seja, não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido artigo, os quais apresentam natureza exemplificativa. Desta forma, havendo ausência de pluralidade de alternativas caberá o ajuste direto, com fundamento no *caput* do art. 31.

A primeira hipótese de inexigibilidade, constante do inciso I, não gera maiores debates, uma vez que decorre de compromisso internacional e necessariamente deverá conter a motivação da escolha, em razão do que determina o art. 32 da Lei.

O inciso II, por sua vez, trata do ajuste direto em virtude de autorização legislativa específica, com indicação expressa da entidade beneficiária. O dispositivo destaca as parcerias voltadas ao repasse de subvenções sociais para Organização de Sociedade Civil.

As subvenções sociais estão previstas no art. 12, parágrafo 3º, I, da Lei nº 4320/1964, segundo o qual:

Art. 12. [...] §3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa.

Verifica-se que as subvenções sociais se prestam exclusivamente à realização de despesas de custeio da entidade, ou seja, com sua manutenção, vedada, portanto, a utilização para despesas de capital (investimentos).

A Lei nº 4.320/1964 estabeleceu diretrizes a serem seguidas quando da realização de transferência de recursos pelo Poder Público a entidades privadas. No artigo 16 da citada Lei, determinou-se que as subvenções sociais, que devam atender despesas de manutenção de entidades sem fins lucrativos, visem à prestação de serviços nas áreas de assistência social, médica e educacional e, ainda, mostrem-se mais econômicas do que a atuação direta do ente federado. Portanto, este procedimento não deve ser regra e sim complementar à atividade estatal. O parágrafo único do citado artigo, trata da base de cálculo dos valores a serem transferidos, qual seja, unidade de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

Em sintonia com a Lei nº 4.320/1964, a Lei Complementar nº 101/2000 também abordou a transferência de recursos públicos ao setor privado, determinando que a destinação pode se dar quando devidamente autorizada por lei específica, atender condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e se consignada na lei orçamentária ou em créditos adicionais, de acordo com o artigo 26 e parágrafos.

Vê-se, então, que a incidência da referida hipótese de inexigibilidade de chamamento público perpassa pelo preenchimento de diversos requisitos, inclusive com a necessidade de previsão legal não só da transferência, como também da indicação expressa da entidade beneficiária, que deverá ser justificada.

4.1. A Interpretação Sistemática dos Arts. 30, 31 e 32 da Lei nº 13.019/2014

Por certo que interpretação individual dos artigos que tratam da dispensa e inexigibilidade do chamamento público na Lei nº 13.019/2014 gera questionamentos quanto à efetivação dos princípios acolhidos no art. 5º da Lei. No entanto, a interpretação da lei pressupõe a análise dos seus dispositivos em conjunto.

No que se refere à utilização das situações de dispensa e inexigibilidade de chamamento público, constantes dos arts. 30 e 31, antes referidos, necessário se faz a análise da regra contida no art. 32, segundo a qual “nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de chamamento público será justificada pelo administrador público”. Tal dispositivo exige ainda a publicação do extrato da justificativa que poderá ser impugnada, no prazo de cinco dias, com possibilidade de revogação do ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e conseqüente instauração de processo de chamamento.

Na justificativa apresentada não basta a mera indicação do dispositivo legal utilizado, afirmando que a situação fática corresponde àquele abstratamente previsto em lei. Em verdade, necessário se faz que a autoridade administrativa utilize argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e conseqüentemente sustentáveis, capazes de resistir a um debate aberto, próprio do Estado Democrático de Direito. A utilização de expressões genéricas na justificativa, como “altos fins”, “considerável interesse”, “elevado padrão”, devem ser utilizadas com cuidado para que não configurem “mera logomaquia”.

Saliente-se que lei se reporta à “revogação”, quando o correto seria a utilização do termo “invalidação”, uma vez que a impugnação deverá ater-se a vícios que comprometam a legalidade do ajuste direto, que, caso presentes, leva à invalidação do processo. Quanto à revogação, a mesma se refere à extinção de atos administrativos por motivos de conveniência ou oportunidade, ou seja, aborda controle de mérito.

Visando uma melhor implementação da regra em comento, poder-se-ia fazer um paralelo com o art. 26, da Lei nº 8.666/1993, exigindo-se que a justificativa apresentada seja acompanhada de elementos que evidenciem não apenas a caracterização da situação de fato ensejadora da formalização direta da parceria e seu enquadramento em qualquer das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, como também, e especialmente, a razão de escolha da Organização de Sociedade Civil, que deve ser amparada em

critérios transparentes e impessoais, em homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, previstos no art. 5º da Lei nº 13.019/2014, e a justificativa do valor previsto para a consecução do objeto ajustado.

Por certo que tal paralelo excluirá qualquer dúvida quanto a um dos objetivos da lei, qual seja, garantir a escolha da Organização de Sociedade Civil pautada em critérios objetivos e em harmonia com o interesse público.

5. Do Controle de Contas Constante da Lei nº 13.019/2014: Priorização de Resultados. Avanço ou Retrocesso?

A Constituição Federal estabelece dois sistemas de controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados: um sistema interno e um sistema externo. O sistema interno é exercido por cada Poder, por meio de seus próprios órgãos, visando aferir a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. O controle externo, por sua vez, é exercido pelo Poder Legislativo, como uma de suas funções constitucionais típicas, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Segundo determina o parágrafo único, do art. 71 da Constituição Federal “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Logo, as Organizações de Sociedade Civil ao firmarem ajustes com a Administração Pública, envolvendo repasse de recursos públicos, submetem-se ao controle interno e externo, o que envolve o dever de prestar contas.

Segundo já explicitado neste trabalho, o §3º, do art. 116, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que as parcelas do convênio poderão ser retidas:

quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública.

Por certo que a conclusão pela regular aplicação da parcela recebida perpassa pela análise da prestação de contas concernente à mesma.

Assim, o controle exercido sobre os ajustes firmados por entes administrativos com entes do Terceiro Setor, poderia ser visto sobre dois aspectos: o controle de resultado e o controle de conformidade. No controle de resultado analisa-se o alcance das metas estabelecidas. Já o controle de conformidade estaria voltado à verificação da conformação das receitas repassadas com as despesas realizadas.

O Decreto nº 6.170/2007, também já abordado, define a prestação de contas como “procedimento de acompanhamento sistemático que conterà elementos que permitam verificar, sob os aspectos técnicos e financeiros, a execução integral do objeto dos convênios e dos contratos de repasse e o alcance dos resultados previstos”. Assim, a prestação de contas envolve, além da observância do cumprimento do objeto do ajuste, a correta utilização dos recursos financeiros repassados.

Sendo os ajustes estabelecidos na Lei nº 13.019/2014 veículos de transferência voluntária de recursos, cujo elemento fundamental é a cooperação, diferem dos contratos administrativos, que possuem como elemento primordial o lucro. De fato, enquanto em um Termo de Colaboração para assistência a idosos, por exemplo, a efetiva assistência tanto é do interesse da Administração Pública como do ente privado, no Contrato de Obras, o interesse da Administração é a realização da obra, e do particular, o recebimento do preço.

Como o “lucro” é um elemento estranho aos ajustes estabelecidos na Lei nº 13.019/2014, faz-se necessário que os recursos repassados sejam aplicados integralmente na realização do objeto pactuado, o que somente poderá ser verificado a partir da análise da prestação de contas. Saliente-se que a Lei em comento permite que sejam pagos com recursos vinculados à parceria “custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria” (art. 46, III). No entanto o art.45, como era de se esperar, veda a utilização do recurso repassado em finalidade alheia ao objeto da parceria, logo, pressupõe-se que as “despesas indiretas” estabelecidas na lei devam ser elencadas na planilha apresentada pela Organização de Sociedade Civil e devidamente comprovadas na prestação de contas.

Percebe-se que a lei teve o claro intento de flexibilizar o controle sobre a regularidade da gestão financeira das parcerias, priorizando o controle de resultados. Assim, o art. 6º traz entre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias “a priorização do controle de resultados”.

Ao tratar do “Monitoramento e Avaliação”, a lei determina no art. 59 que:

a administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil,

acrescentando no inciso V, §1º do referido artigo, que o relatório técnico de monitoramento deverá conter a “análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas, *quando não for comprovado o alcance das metas e resultados estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento*” (grifo nosso). Em outras palavras, alcançados os resultados, dispensa-se a análise da documentação comprobatória das despesas efetivas com a parceria.

O capítulo da lei que trata da prestação de contas, também deixa transparente a intenção de priorizar o alcance de resultados. Desta forma, o art. 64 estabelece que:

a prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas.

Ora, talvez tal posição se justifique no âmbito federal pela existência do SICONV – Sistema de Convênios, criado em 2008, que consolida as informações de todos os passos da execução do ajuste, permitindo o controle de conformidade na utilização do recurso repassado. Ocorre que a mesma situação não se apresenta na maioria dos entes federados, que não dispõem de tal sistema.

O certo é que a priorização do controle dos resultados não exclui o controle sobre a gestão financeira. Tais formas de controles se complementam na verificação da regularidade da aplicação dos recursos públicos transferidos, ainda que haja maior ênfase no controle sobre os resultados alcançados.

Neste sentido, o art. 65 da Lei nº 13.019/2014 determina que “a prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado”. Assim, tal obrigatoriedade permitirá a efetivação do controle de conformidade.

A análise da boa e regular aplicação dos recursos públicos – finalidade do processo de prestação de contas – não se resume à verificação do cumprimento do objeto e das metas pactuadas. É necessário também verificar se o objeto da parceria foi cumprido mediante aplicação dos recursos públicos repassados, ou seja, se há nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas comprovadas, se as despesas estão devidamente comprovadas e guardam vinculação com o objeto da parceria, e se são regulares as contratações firmadas pela entidade privada durante a execução do ajuste.

Há diversas situações em que, a despeito do atingimento dos resultados previstos, são identificadas irregularidades graves na gestão dos recursos transferidos, que ensejam a emissão de juízo reprovativo sobre as contas prestadas.

A Lei nº 13.019/2014 também se desvincula da prestação de contas parcial, estabelecida na Instrução Normativa STN nº 1/97.

De acordo com o §1º, do art. 67, da Lei nº 13.019/2014 “no caso de prestação de contas única, o gestor emitirá parecer técnico conclusivo para fins de avaliação do cumprimento do objeto”. Já no §2º do mesmo artigo acrescenta que “se a duração da parceria exceder um ano, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas ao fim de cada exercício, para fins de monitoramento do cumprimento

das metas do objeto”. Assim, mesmo que o recebimento do recurso ocorra de forma parcelada, a entidade somente apresentará prestação de contas parcial ao final de cada exercício, o que envolve situações de ajustes com prazo superior a um ano.

Já o §2º, art. 21, da IN/STN 01/97 determina que:

quando a liberação dos recursos ocorrer em 3 (três) ou mais parcelas, a terceira ficará condicionada à apresentação de prestação de contas parcial referente à primeira parcela liberada, composta da documentação especificada nos itens III a VII do art. 28, e assim sucessivamente. Após a aplicação da última parcela, será apresentada a prestação de contas do total dos recursos recebidos.

Tal mecanismo permite um maior controle na utilização dos recursos repassados, inclusive no que concerne à sua efetiva destinação na realização do objeto ajustado. Ressalte-se que, conforme já observado, o alcance do resultado por si só não exclui possíveis desvios que possam ocorrer durante a execução do termo.

Apesar das dificuldades externadas pelos órgãos de controle interno quanto à análise de prestações de contas parciais de ajustes estabelecidos com Organizações de Sociedade Civil, muitas vezes devido à escassez de pessoal para o exercício dessa atividade, por certo que tal expediente ajuda em muito a evitar prejuízos ao erário. Segundo a referida Instrução Normativa, pode ser suspensa a liberação das parcelas dos convênios, entre outras razões, quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio.

Certamente que o controle concomitante da execução do ajuste estabelecido com a Organização de Sociedade Civil, inclusive na análise das contas parciais, permite evitar maiores prejuízos ao erário, diante da possibilidade de sustar a transferência de recursos. Deve-se salientar que existem vícios que somente poderão ser detectados com a efetiva análise da documentação concernente às despesas efetivadas. Assim, a emissão de notas fiscais falsas, superfaturamento de contratos realizados no âmbito do ajuste, aquisições sem respaldo no objeto executado, são apenas alguns dos vícios que podem existir independente do alcance dos resultados estabelecidos no termo.

Além de tudo quanto exposto, mesmo que os órgãos de controle interno adotem novas práticas, com a efetiva priorização do alcance dos resultados nos termos da legislação em vigor, certamente não haverá por parte dos órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas, flexibilizações nas suas análises.

Conclui-se, então, que haverá necessidade de conciliação dos termos da nova legislação aos procedimentos adotados pelos órgãos de controle na análise das contas vinculadas aos ajustes estabelecidos com as Organizações de Sociedade Civil. Por

certo que os Tribunais de Contas não poderão se fixar exclusivamente no controle de resultados, porém também é verdade que na análise das contas não podem ser tão rigorosos, diante da ocorrência de meros vícios formais, que não revelam malversação de recursos públicos, decorrentes, muitas vezes, da própria inexperiência do ente beneficiário, considerando, inclusive, que a lei não estabelece prazo mínimo de constituição da entidade para formalização do vínculo.

Por fim, vale salientar que, mesmo tendo a Lei nº 13.204/2015 excluído toda a Seção II, do Capítulo III, da Lei nº 13.019/2014, que abordava regras concernentes às contratações realizadas pelas Organizações de Sociedade Civil no âmbito das parcerias, tais contratações não poderão ocorrer livremente, sendo necessária a observância ao menos dos princípios da economicidade, impessoalidade e transparência, uma vez que realizadas com recursos públicos, que não perdem tal natureza.

6. Conclusão

Diante do modelo adotado pelo Estado Brasileiro, os vínculos firmados com entes privados sem fins lucrativos passaram a ter um certo destaque, pois se tornaram instrumentos de realização de objetivos de interesse público, ou melhor, de concretização de direitos fundamentais.

Por certo que o sistema jurídico se ressentia da ausência de um diploma legal acolhedor de normas gerais aplicadas a tais ajustes. Tinha-se, até então, o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, que de forma superficial passou a tratar dos convênios. Posteriormente, com o Programa Nacional de Desestatização, adotou-se o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, regulamentados, respectivamente, pelas leis nºs 9637/1998 e 9790/1999, a serem estabelecidos com entes privados sem fins lucrativos qualificados como Organizações Sociais ou Organizações de Sociedades Cíveis de Interesse Público. No âmbito federal, os convênios e os contratos de repasse contavam com a normatização expressa no Decreto nº 6.170/2007 (alterado pelo Decreto nº 7.594/2011).

A ausência de uma normatização geral e a adoção de tratativas diferenciadas pelos entes políticos aos ajustes firmados com entes privados sem fins lucrativos permitiram a ocorrência de diversas irregularidades, detectadas pelos órgãos de controle. Entre tais irregularidades tem-se: direcionamento na escolha do ente privado sem fins lucrativos, ausência de regras para as contratações efetivadas com recursos públicos por tais entes, deficiência na prestação de contas.

Assim, grandes foram as expectativas geradas em torno da Lei nº 13.019/2014, que certamente trouxe uma série de avanços que vão desde a padronização dos ajustes a serem estabelecidos com os entes privados sem fins lucrativos, até a regra geral do chamamento público precedendo tais vínculos. Há também uma série de exigências a serem observadas, seja no processo de escolha dos beneficiários, seja na execução do ajuste para alcance do resultado estabelecido.

Por certo que as alterações efetivadas no referido diploma legal pela Lei nº 13.204/2015 passaram a gerar diversos questionamentos, inclusive quanto às exceções

criadas ante a obrigatoriedade de chamamento público ou as que levaram a priorizar os resultados no controle das parcerias, colocando a análise da prestação de contas em segundo plano.

No que se reporta ao chamamento público, apesar de a Lei nº 13.204/2015 ter ampliado as hipóteses de ajustes diretos, por certo que em tais situações deverão ser resguardados os princípios administrativos, sobretudo o da transparência e o da impessoalidade. Após estabelecidas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade do chamamento público, nos arts. 30 e 31 da Lei, o art. 32 determina que o administrador público justifique o ajuste direto, ou seja, exige-se a motivação. Desta forma, deverá não somente ser demonstrada a efetiva ocorrência dos motivos expostos na norma que autorizam o ajuste direto, desprovido de chamamento público, como também deverá restar exposto a observância de todos os princípios elencados no art. 5º, segundo o regime jurídico de que trata a lei tem como fundamento os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

No que se refere à prestação de contas, apesar de a Lei nº 13.019 ter privilegiado o controle de resultados sobre o controle de conformidade, por certo que não se poderá desprezar a prestação de contas, uma vez que tal exigência decorre da própria Constituição Federal, que assim estabelece no parágrafo único do seu art. 70. Pode-se, no entanto, esperar que os órgãos de controle realizem ponderações entre os resultados alcançados e a conformidade da prestação de contas, evitando punições quando diante de meras irregularidades formais, incapazes de comprometer a qualidade do ajuste.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor*. In: www.rits.org.br. Acesso em 02.01.2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Entidades do Terceiros Setor e Dever de Licitar*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte. Nº 65. p.11, maio 2007.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.

Lei de Improbidade Administrativa, Artigo 17, §1º: 25 Anos Depois, Ele Ainda se Justifica?

Rodrigo da Silva Brandalise*

Sumário

1. Introdução. 2. Fontes que Autorizam o Presente Estudo. 3. O que se Tutela na Lei de Improbidade Administrativa? 4. O Código de Processo Civil de 2015 Tem Influência nessa Necessária Mudança de Percepção? 5. Da Possibilidade de Acordos Dentro da Lei de Improbidade Administrativa. 5.1. Uma Definição Importante: o que É Indisponível Quando se Fala na Aplicação da Lei nº 8.429/1992? 5.2. Os Consensos como Exercício dos Direitos Processuais. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Somos inundados, com uma frequência quase diária, com notícias de investigações contra diversos atos de corrupção em todo o território brasileiro. Evidentemente, há aquelas de maior repercussão (por seus fatos e por suas inserções na mídia). Porém, há inúmeras outras que não recebem esta mesma projeção, mas que estão a ser investigadas, neste exato momento, em algum órgão do Ministério Público brasileiro.

No início, espantávamo-nos quando elas surgiam. Atualmente, vivemos a expectativa de quem e de quais serão os próximos fatos e envolvidos.

Tal rotina confronta-nos com uma realidade: precisamos aperfeiçoar nosso sistema de persecução criminal e civil, sem desconsiderar o êxito que se tem logrado com a colaboração processual regulamentada pela Lei nº 12.850/2013, conhecida como “lei de combate à criminalidade organizada”.¹

No que interessa ao presente trabalho, e em prol deste aperfeiçoamento, cabe apreciar o artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992), que veda a realização de acordos, conciliações ou transações nas ações propostas com base nos seus termos.

Referido dispositivo fora revogado pela Medida Provisória nº 703 de 2015, artigo 2º, inciso I. Entretanto, no ano de 2016, conforme o Ato Declaratório do Presidente

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Ciências Jurídico-Sociais pela PUC/RS. Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em Pelotas.

¹ Pela referência: “A notória ‘Operação Lava Jato’, conduzida pelo Ministério Público e pela Polícia Federal, tem demonstrado seus exitosos resultados que nunca seriam alcançados sem a colaboração dos próprios agentes criminosos em formalizar declarações reveladoras de nomes de pessoas, *modus operandi*, destino do produto do crime, assim como, indicar as provas e evidências de todos os fatos declarados como requisito para obtenção dos benefícios da delação” (BARBABELA, 2015: p. 20).

da Mesa do Congresso Nacional nº 27, foi declarado o encerramento do prazo de vigência da mencionada Medida em 29 de maio de 2016, pelo que o artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa voltou a vigor.

Com este retorno e sem desconsiderar a vontade legislativa e discricionária estatal, cabe perguntar: 25 anos depois, nossa realidade jurídica ainda justifica a manutenção desta restrição?

Por entender que esta pergunta demanda resposta necessária, é que se apresenta o trabalho em pauta, com o firme propósito de fomentar sua discussão e contribuir para uma nova etapa no tratamento da matéria.

2. Fontes que Autorizam o Presente Estudo

A redação do texto legal mencionado vem desde o ano de 1992, logo após a promulgação de nossa atual Constituição e ainda sob os temores do período ditatorial que a antecedeu. Entretanto, passados estes anos, há iniciativas que visam superá-la, cujas referências serão aqui feitas de forma exemplificativa.

À partida, há sugestão doutrinária no sentido de nova disciplina legal para fins de regulamentação de acordos com o Ministério Público e com a pessoa jurídica de direito público lesada naquilo que seria definido como “atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo”.²

Na seara legislativa, também se vê movimento com intenção modificativa.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, houve a apresentação do Projeto de Lei nº 45/2015, de autoria do Deputado Estadual Tiago Simon. Referido projeto tenciona dispor sobre a aplicação, no âmbito da administração pública estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trata da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Em síntese, quer incorporar disposições da Lei Federal nº 12.846/2013, artigos 16 e 17.

Assim, há a previsão do chamado “acordo de leniência”,³ que poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Federal nº 12.846/2013, na Lei nº 8.666/1993 e em outras normas de licitações e contratos públicos, desde que efetivamente colaborem com as investigações e o processo administrativo, devendo dessa colaboração resultar a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; a obtenção célere de

² GARCIA; ALVES, 2011: p. 982.

³ Nos termos do art. 33, §4º, do projeto, a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições: ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; admitir sua participação na infração administrativa; cessar completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa; e a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

informações e documentos que comprovem a infração sob apuração; a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade (art. 32 do projeto).

Entre outras possibilidades benéficas (art. 33 e parágrafos), o acordo de leniência isentará a sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, cominada pelo art. 19, inc. IV, da Lei Federal nº 12.846/2013. Ainda, a multa poderá ser reduzida em até dois terços, desde que a proposta da pessoa jurídica tenha sido apresentada antes da instauração do processo administrativo de responsabilização; se a proposta ocorrer depois da instauração do processo administrativo de responsabilização, desde que anteceda à fase de relatório da comissão processante, a celebração do acordo de leniência, sem prejuízo das demais isenções aqui estabelecidas, somente poderá diminuir a pena multa em até um terço.

Como se vê, aproxima-se da colaboração processual no âmbito processual penal, conforme Lei Federal nº 12.850/2013, artigos 4º a 7º.

Interessante notar que, pelo projeto, a Procuradoria-Geral do Estado, é a autoridade competente para celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos previstos nesta Lei, quando assim requerido pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (artigo 33).

Não obstante, o §12 do artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013, com redação determinada pela Medida Provisória nº 703/2015, e que impedia o ajuizamento ou o prosseguimento da ação, qualquer que fosse o legitimado a propô-la, quando o acordo de leniência fosse com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público, teve sua vigência encerrada,⁴ o que afeta a redação do §5º do artigo 33 do projeto, que o reproduzia.

O tema também está na pauta do Ministério Público brasileiro.

Em atas da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal, em situações que envolvem a chamada “Operação Lava Jato”, houve homologação de consensos encaminhados e que dizem com colaborações em acordos de leniência havidos naquela Instituição. Para tanto, fundamentou-se que as disposições da Lei nº 12.846/13 compõem um microsistema sancionatório, estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil, na linha do que já prevê a Lei 12.850/13, sem contar a legitimação do Ministério Público para celebrar termos de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347, de 1985.⁵⁻⁶

⁴ Vide Introdução.

⁵ Indica-se, por todas, a ata da octingentésima quinquagésima segunda sessão ordinária de fevereiro de 2015.

⁶ A propósito, a mesma Câmara expressou a Orientação nº 3, em 15 de março de 2017: “O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado

Ainda há a Resolução nº 02/2017-CSMP/AP,⁷ que autoriza que os membros do Ministério Público amapaense firmem com pessoas físicas, investigadas ou processadas por atos de improbidade administrativa, termo de intenção de acordo para fins de reparação do erário lesado. Referido acordo deverá ser remetido ao Conselho Superior do Ministério Público do Amapá para referendo (artigo 1º e §1º).

Para tanto, a pessoa física deverá colaborar efetivamente para a identificação dos demais envolvidos, para a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ato ilícito em apuração e a descoberta de patrimônio de outros investigados ou processados, com a finalidade de ressarcimento ao erário, quando for versado prejuízo ao erário (artigo 2º e inciso).

Esta matéria está em regulamentação recente pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Como primeira indicação, tem-se sua Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, voltada ao incentivo à autocomposição no âmbito ministerial. Busca, entre outras, ressaltar o protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.⁸ Quer estimular a negociação,⁹ a conciliação¹⁰ e as convenções processuais.¹¹

Em sentido próximo, a novel Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, regulamenta o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Como consta no seu texto, quer estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público para promoção da justiça e redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa incumbido o Ministério Público, o que confere uma nova visão de acesso à justiça.

monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial mercedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa”.

⁷ Entre seus “Considerandos”, expõe a existência da colaboração processual, do acordo de leniência e a possibilidade de aplicação de conciliação nos casos de improbidade administrativa (Lei nº 13.140/15, artigo 36, §4º).

⁸ De seus “Considerandos”, convém citar os que salientam as várias disposições legais (art. 585, inciso II, do CPC; art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995; art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, entre outras), que conferem legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas. Aponta existirem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995, a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998, a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei nº 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.

⁹ Conforme seu art. 8º: “a negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)”.

¹⁰ Nos termos do art. 11: “a conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos”.

¹¹ Duas disposições apresentam maior destaque: “as convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais” (art. 15); e “segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais” (art. 16).

Como nela consta, os membros do Ministério Público podem celebrar compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado (art. 1º, §2º).

O que se mostra com estes exemplos é o que se apontou na introdução do trabalho: a proibição exige reflexão.

3. O que se Tutela na Lei de Improbidade Administrativa?

A Lei Federal nº 8.429/1992, ao definir condutas de improbidade administrativa, dá vazão ao conteúdo do §4º do artigo 37 da Constituição Federal.¹² Disciplina as formas de punição, fora do âmbito penal, aos agentes públicos da administração pública direta, indireta ou fundacional dos entes federativos nos casos de enriquecimento ilícito (artigo 9º), de prejuízo ao erário (artigo 10) e de quebra dos princípios da administração pública (artigo 11)¹³.

E a necessidade de tal tutela é decorrente da compreensão acertada de que a probidade administrativa constitui verdadeiro interesse público *primário*, pertencente a toda a coletividade, pelo que se apresenta, também, como interesse difuso¹⁴ (viola a boa administração e o correto cumprimento das prestações sociais).¹⁵ Diferencia-se, portanto, do interesse público *secundário*, visto a partir dos interesses de uma determinada administração, bem como do chamado interesse privado (de cunho particular ou individual).¹⁶

Ao ratificarmos a compreensão de que a defesa do patrimônio público compreende direito difuso, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves expõem que merece destaque a redação do artigo 37, notadamente em seu *caput*, da Constituição Federal, como base principiológica da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).¹⁷

¹² “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”.

¹³ Como diz a jurisprudência: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI Nº 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art. 37, §4º e disciplinada na Lei nº 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas – físicas ou jurídicas – que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei nº 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei nº 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 827445-SP, Relator para o acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki, documento não paginado).

¹⁴ Cabe aqui aproveitar a definição que a lei oferece de interesse ou direito difuso, entendido como o transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, inciso I). Não pode ser mensurado ou partilhado de forma individual dentro de uma coletividade, da mesma forma que o direito ao meio ambiente (MAZZILLI, 1997: p. 4-5).

¹⁵ MIRANDA, sem data indicada: documento não paginado.

¹⁶ MAZZILLI, 1997: p. 3-4.

¹⁷ GARCIA; ALVES, 2011: p. 646-647. Como explicam os citados autores em outra passagem, os princípios agem como elementos de ordem para garantia dos valores que ali estão protegidos, auxiliam na interpretação e suprem lacunas quando comparadas com a ordem constitucional (p. 54).

Do que se conclui que o que tutela a lei é o real interesse difuso na prestação estatal. Com ela, quer-se atingir a estabilização social, desde conceitos básicos como os serviços de água, luz e saneamento, até situações mais intrincadas, como saúde, segurança pública e malha de transportes, por exemplo.¹⁸

Este é, portanto, o *direito absoluto*.¹⁹ Afinal, se as concepções de governo podem mudar, a lisura no trato da coisa pública deve ser perene.²⁰

Esta é a compreensão material que deve servir de norte para a atuação processual, o que será tratado daqui por diante.

4. O Código de Processo Civil de 2015 Tem Influência nessa Necessária Mudança de Percepção?

A compreensão processual deve, logicamente, partir de sua regra geral, relembrando que há novo Código para as causas civis desde 2015. Nele, há situações de extrema relevância às conclusões a serem expostas ao final.

Parte-se da noção exposta já em seu artigo 1º, cuja simbologia não é pouca: o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Consequentemente, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a iniciativa das partes para o início do processo (art. 2º), o respeito ao prazo razoável (art. 4º) e a necessidade de respeito à boa-fé (art. 5º). Por ele, também, cuidará o juiz em atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (artigo 8º).

Esses são aspectos gerais que, por si, já impactam a disposição da Lei de Improbidade Administrativa. Mas há um que merece uma apreciação em especial.

O processo civil cooperativo vem previsto no artigo 6º²¹ do Código de Processo Civil de 2015,²² que se estabelece como norma fundamental processual, em prol de uma decisão efetiva e justa.²³

¹⁸ Não em tais termos, mas em linha assemelhada, aponta a doutrina que o interesse, na verdade, é o alcance de finalidades públicas, respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) – estes são os parâmetros perseguidos, pelo que a atuação processual do erário estará a isto vinculada (CIANCI; MEGNA; 2015: p. 494).

¹⁹ MONTORO, 2009: p. 536.

²⁰ “[...] Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento regulador da atividade que tende a efetivá-lo [...]” (GARCIA; ALVES, 2011: p. 56-57).

²¹ “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

²² DIDIER JR., 2015: p. 22.

²³ Não se quer dizer que inexistia uma possibilidade de cooperação anteriormente. À guisa de exemplo, pode-se referir o artigo 181, *caput*; o artigo 158 e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil de 1973, sem contar o artigo 35 do Código de 1939. De ser observado que Moacyr Amaral Santos (1985: p. 97) já acentuava que a suspensão do processo por convenção das partes caracterizava uma hipótese de negócio processual.

Observe-se que se trata de um fenômeno também ocorrente em outros ordenamentos jurídicos, como o francês.²⁴

Sua compreensão funda-se na ideia da dignidade da pessoa humana, pelo que o contraditório passa a se moldar como catalisador do diálogo e condutas para as partes e para o julgador. A verdade passa a ser uma tarefa de todos os envolvidos.²⁵

Como referido pela doutrina, a visão do processo com um caráter público fez com que o exame relativo à autonomia da vontade das partes fosse relegado a um plano menor. Entretanto, hodiernamente, a legislação passa a aceitar que as partes tenham influência junto ao processo (atividade-meio) que levará ao exame de seu direito material, com o juiz atuando em um caráter não mais tão relevante assim, de maneira a buscar uma maior paz social e harmonização da ordem pública.²⁶

Entretanto, no bojo do Código de 2015, não é esse o único artigo que fala na ideia de cooperação dentro do processo. Por exemplo, o §2º e o §3º do artigo 3º expõem que devem, inclusive no curso do processo, ser estimuladas as soluções consensuais dos conflitos, seja por arbitragem, mediação, conciliação ou qualquer outro método²⁷ (linha também exposta na Resolução do CNMP nº 118, antes referida).

Em adição, cumpre citar que o artigo 190 e seu respectivo parágrafo preveem que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. O juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²⁸⁻²⁹

Surge, assim, a necessidade do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*, composto da liberdade de negociação, liberdade de criação, liberdade de estipulação e liberdade de vinculação,³⁰ tal como o negócio jurídico em geral.

²⁴ Consoante consta no *Code de Procédure Civile, article 41: Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort.*

²⁵ MITIDIERO, 2007: p. 74-75. Não por acaso, o Código de Processo Civil de 2015 afirma que ninguém se eximirá de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (artigo 378), resguardado, obviamente, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* (art. 379, *caput*).

²⁶ GRECO, 2011: p. 720-721.

²⁷ Conforme lição de Alcalá-Zamora y Castillo (2000: p. 75-77), na mediação, o mediador assume a função de propor uma maneira de solução ao litígio apresentado, pelo que cabe aos demais participantes a aceitação ou não dela (caminho propositivo). De outra forma, a conciliação caracteriza-se na condição de que o conciliador encaminhará as conversações de maneira que o titular desista da pretensão, ou que a parte aceite a pretensão ou, até mesmo, um caminho intermediário entre tais extremos (caminho dispositivo). Ao passo que o julgamento se caracteriza pela imposição de uma determinada solução, pela força estatal.

²⁸ Não podem ser negociadas, entre outras, a competência absoluta, a intervenção obrigatória do Ministério Público, a criação de um recurso novo, as regras de imparcialidade e de suspeição judicial, o contraditório de uma das partes, entre outros (YARSHELL, 2015: p. 70).

²⁹ Conforme Il Encontro de Jovens Processualistas: "18. (art. 191) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica" (conforme consta em Duarte, 2014: p. 31).

³⁰ DIDIER JR., 2015: p. 20.

Evidencia-se que o que o legislador quer fomentar são os negócios jurídicos processuais, cuja compreensão pode ser vista como aquele fato jurídico cuja base de ocorrência concede ao sujeito a capacidade de escolha da categoria jurídica ou de estabelecimento de certas situações jurídicas processuais, conforme os limites fixados pelo próprio ordenamento. Seus efeitos concretos decorrerão do ato em si, na medida em que a legislação estabelece a fixação abstrata deles.³¹

Sinteticamente, as convenções processuais são caracterizadas pelo local onde são feitas (a relação processual em si) e/ou pela finalidade que possuem quanto a um processo judicial.³² As vontades que nela atuam formam uma *entidade nova*, com capacidade para a produção de determinados efeitos, sem submissão de uma vontade à outra.³³

Seu objeto segue a linha mestra de todo o negócio jurídico: ser lícito, possível e determinado, nos termos do Código Civil, artigo 166, inciso II.³⁴

Para a validade dos negócios jurídicos processuais, faz-se necessária a capacidade processual, a voluntariedade (não pode haver qualquer vício que prejudique a vontade exposta) e a informação.³⁵ Caso tragam consigo direito material, este tópico deve ser regido nos termos das regras materiais, pelo que o mesmo negócio pode ser processualmente válido, mas materialmente nulo, e vice-versa.³⁶

Pela cooperação, nos novos termos legais, o juiz passa a ter um caminho que o diferencia da inércia. Será um efetivo responsável pela celeridade processual, em franco respeito ao princípio constitucional da duração razoável do processo.³⁷

Obviamente, as indicações ora feitas são exemplificativas e não esgotam as hipóteses previstas. Afinal, é cabível a celebração de convenções mesmo fora das hipóteses elencadas pela lei,³⁸ desde que sejam elas úteis aos interesses protegidos, bem como não podem afastar direitos e garantias fundamentais, nem qualquer outro objeto ilícito.³⁹

O negócio jurídico processual quer solucionar a própria forma optada para solução do conflito material quanto ao exercício de jurisdição, sem afastar a jurisdição propriamente dita.⁴⁰ O processo molda-se mais para a confluência dos interesses das partes e do interesse público, não mais repousando na visão clássica da lide.⁴¹

³¹ NOGUEIRA, 2015: p. 84-85. Não se desconhece a existência de parcela da doutrina que não aceita o negócio jurídico processual, pelo caráter público do processo e pelos poderes de instrução conferidos ao juiz, pelo que a inação já teria uma consequência definida (referência feita por Cunha, 2015: p. 36 e 38).

³² GRECO, 2011: p. 722; CADIET, 2016: p. 2.

³³ BARBOSA MOREIRA, 1984: p. 89-90.

³⁴ YARSHELL, 2015: p. 64.

³⁵ QUEIROZ, 2014: p. 707.

³⁶ QUEIROZ, 2014: p. 713.

³⁷ DUARTE, 2014: p. 37-38. O prazo razoável deve cuidar para que a autoridade estatal não dependa, primordialmente, da atuação das partes (HIRALDE VEJA; CAUSSE, 2015: p. 377-378).

³⁸ São os considerados negócios jurídicos processuais *atípicos*, que seriam aqueles que, apesar de juridicamente viáveis, não teriam regulamentação legal específica (CUNHA, 2015: p. 44-45).

³⁹ QUEIROZ, 2014: p. 727.

⁴⁰ ALMEIDA, 2015: p. 258-259.

⁴¹ QUEIROZ, 2014: p. 699.

Sempre feito com o propósito de que as partes estejam mais próximas da aceitação quanto ao resultado, fugindo de um formalismo desnecessário.⁴² Evidentemente, há de ser preservado o contraditório,⁴³ mas que se dará de maneira mais participativa, mantida pelas garantias processuais em geral, moduladas que estarão pela lealdade e pela cooperação.⁴⁴

Ao que fora apresentado, soma-se a necessidade de obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva em prazo razoável (artigo 6º).

Quando se registra a questão da dilação indevida do processo, pode-se fazer um comparativo com as preocupações havidas também em processo penal. A ocorrência de julgamentos em lentidão prejudica os interesses do Estado e da sociedade em geral, especialmente pela ausência de proteção dos direitos violados.⁴⁵

Porém, não se pode analisar o andamento processual apenas sob o prisma estatal e coletivo. Há a necessidade de que seja ele visto sob a ótica daquele que enfrenta a demanda, especialmente em casos repressivos como a de improbidade administrativa. Afinal, vive-se o dilema entre a garantia dos direitos humanos e a consequência final que represente algo para a sociedade.⁴⁶

O processo que se alonga no tempo traz prejuízos a todos os interessados em seu resultado. Ao demandado, porque a demora do processo afeta seus interesses na decisão que lhe aflige, bem como porque o vincula ao fato sem poder esquecê-lo, com incerteza sobre seu futuro e condicionamento de sua liberdade; à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis e que seja credível.⁴⁷

Atualmente, em um considerável número de processos, condena-se pela imprensa e pelas medidas cautelares, cujos pressupostos e consequências são diversas do processo de conhecimento (sem este, as cautelares não se sustentam).

Necessário dizer que a celeridade processual apresenta-se em duas formas, quais sejam, na sua horizontalidade (formas de consenso) e na sua verticalidade (com a supressão de fases, a partir dos procedimentos possíveis), até como um imperativo de produção e de eficiência que são inerentes à própria justiça.⁴⁸

E, como visto, o novo Código de Processo Civil fomenta tanto a horizontalidade como a verticalidade, que encontrará nos consensos uma forma concreta de sua efetivação.

⁴² DUARTE, 2014: p. 22-23.

⁴³ Na linha do artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015, é assegurada às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁴⁴ DUARTE, 2014: p. 24.

⁴⁵ MADLENER, 2009: p. 645-646.

⁴⁶ MADLENER, 2009: p. 646.

⁴⁷ MARQUES DA SILVA, 2010: p. 95-96. Salienta Galain Palermo (2011: p. 254) que a demora injustificada na resposta estatal também se caracteriza como implemento da impunidade e viola a pretensão de prevenção (*no repetición*) de condutas.

⁴⁸ RODRIGUES, 1998: p. 234.

Não por acaso, dispõe o artigo 3º, §3º, o Código de Processo Civil vigente que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. No mesmo caminho, o Código menciona a possibilidade da arbitragem (artigo 3º, §1º), da conciliação e da mediação (artigo 165 e seguintes e artigo 334).

Sinteticamente: o Código de Processo Civil atual vai em caminho completamente oposto à restrição existente na Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de um diploma novo em um momento social e político também novo.

Há, pois, fortes fundamentos que justificam a mudança de compreensão exposta na Lei de Improbidade Administrativa.

5. Da Possibilidade de Acordos Dentro da Lei de Improbidade Administrativa

A conclusão exposta no último parágrafo do tópico anterior força a apreciação que agora surge.

Como já referido, nos termos do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, inexistente possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações nela previstas.

Não se desconhece que a legislação demonstra um interesse de política estatal, expressão que é da vontade que o legislador acompanha por força da representação que realiza.

Entretanto, sustenta-se que tal restrição pode e deve ser superada, na linha que segue, como complemento essencial ao que foi escrito antes.⁴⁹

5.1. Uma Definição Importante: o que É Indisponível Quando se Fala na Aplicação da Lei nº 8.429/1992?

Ainda que alguns pontos tenham sido ventilados sobre isso em momento anterior do presente trabalho, é relevante fazer-se uma rápida digressão sobre o direito posto nas ações civis de improbidade administrativa.

É certo que a probidade administrativa é um interesse público primário e difuso, reitera-se.

Mas a questão que resta definir é se há um direito disponível ou não nas ações cíveis de improbidade administrativa. Isso porque os chamados direitos disponíveis são francamente manuseáveis pelo interessado, seja no âmbito material, seja no âmbito processual, desde que o faça de maneira livre e consciente.⁵⁰

⁴⁹ Far-se-á uso de conceitos e análises usadas na justiça negociada penal, seja pela natureza das sanções previstas junto à Lei de Improbidade Administrativa (como citado alhures), seja por já possuir uma doutrina mais consolidada. Sobre o impacto dos consensos em processo penal: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada – Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Penais Relevantes - Origens, Modelos, Aplicações, Sugestões. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

⁵⁰ GRECO, 2011: p. 725.

A jurisprudência já consolidou que não há a obrigatoriedade de aplicação das sanções previstas do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa de forma cumulativa, pois deve ser observada a proporcionalidade quanto ao caso concreto.⁵¹

Tal entendimento jurisprudencial, em muito, escora-se na nova redação dada ao *caput* do mencionado artigo 12, parte final, que estabelece as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, com a expressa menção de que elas podem ser definidas de forma isolada ou cumulativa, conforme a proporcionalidade exigida.⁵²

Doutra banda, deve ser analisado o chamado “acordo de leniência”, previsto na Lei nº 12.846/2013, em seu artigo 16 e respectivos parágrafos. Conforme o *caput* do artigo referido, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrá-lo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nela que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dela resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.⁵³

Os pontos de relevo, entretanto, estão nos parágrafos. Inicialmente, o §1º, que afirma que o acordo somente poderá ser celebrado se, entre outras, a pessoa jurídica for a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, de maneira plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, e admitir sua participação no ilícito. Isto ganha reforço com o §4º, pois o acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

A redação do §3º é extremamente importante para o presente estudo, e serve, igualmente, para fundamentar o pensamento que ora se expõe, ao afirmar que o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Pelo citado diploma, resta evidente que há três situações indisponíveis: uma, a necessidade de respeito aos princípios da Administração Pública;⁵⁴ duas, a punição daqueles que infringem referidos preceitos;⁵⁵ e três, a necessidade da reparação

⁵¹ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. [...] IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI nº 8.429/92. [...] CUMULAÇÃO DE PENAS. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. [...] 5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a cumulação de penalidades na ação de improbidade administrativa é facultativa, devendo o magistrado levar em conta, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 695500-SP. Relator: Ministro Humberto Martins, documento não paginado).

⁵² Nos termos da Lei Federal nº 12.120/09. Na jurisprudência: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Cível. Embargos de Declaração nº 70065718009. Relator: Desembargador Francesco Conti, documento não paginado.

⁵³ De ser ressaltado que, no artigo 1º da citada Lei, consta que o objetivo da lei é dispor sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

⁵⁴ Como explica a doutrina, a indisponibilidade do interesse público decorre da intenção republicana que adotamos: o que é público, é de todos, e não pode isto ficar ao talante de um ou outro agente público (TALAMINI, 2017: p. 85).

⁵⁵ Pode-se dizer que a indisponibilidade que afeta a improbidade administrativa é a de cunho material, considerada pela impossibilidade de renúncia ou abdicação a uma determinada posição jurídica (a partir de lições expostas por Talamini, 2017: p. 88).

integral do dano causado ao erário público, tida como imprescritível, consoante se infere da parte final do artigo 37, §5º, da nossa Carta Magna.⁵⁶ Todas as demais sanções devem ser aplicadas se ajustadas ao caso concreto.

Saliente-se que não se mostra incabível a negociação quanto às formas de pagamento relacionadas à reparação integral do dano causado, notadamente quanto ao prazo. Não por acaso, nas hipóteses de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial deles, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União (Lei Federal nº 13.140/2015, artigo 36, *caput*). E, nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator (Lei Federal nº 13.140/2015, artigo 36, §4º).

Consequência lógica: admite-se a resolução consensual dos conflitos que envolvam improbidade administrativa tanto antes como depois do ajuizamento da ação civil (de ser lembrada a possibilidade de punição da pessoa jurídica de direito privado nas infrações de improbidade administrativa, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.429/1992).⁵⁷

Assim, naquilo que for indisponível, haverá restrição de cunho material, mas poderá existir a disponibilização do rito processual, desde que ela não viole o direito material em si.⁵⁸ Porém, a indisponibilidade material não afeta a disponibilidade processual, que pode tornar mais protegido o interesse originário da norma material.⁵⁹

A propósito, cabe ser apresentado que o meio ambiente também é caracterizado como direito de caráter indisponível e fundamental, cuja reparação não pode admitir qualquer exceção, com a chamada “tríplice responsabilização”.⁶⁰ E, ainda assim, admite negociação pré-processual, inclusive.⁶¹

⁵⁶ Isto deve servir de norte, em sede de improbidade administrativa, para interpretação do disposto no art. 1º, §1º, da Resolução nº 179 do CNMP, de 26 de julho de 2017, assim redigido: “Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados”.

⁵⁷ Resolução nº 179 do CNMP, de 26 de julho de 2017, art. 3º: “o compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário”.

⁵⁸ GRECO, 2011: p. 725.

⁵⁹ CABRAL, 2015: p. 551; ALMEIDA, 2015: p. 264-265.

⁶⁰ Conforme os termos do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. Na doutrina: MIRRA, 2002: p. 295.

⁶¹ É o caso, também, da titularidade tributária dos Estados, que é irrenunciável, mas pode ele aplicar, a partir de lei específica autorizadora, a anistia e remissão do débito (TALAMINI, 2017: p. 85).

Resumidamente: desde que o acordo não viole o direito material em sua parte indisponível,⁶² com a manutenção da reparação do dano, não se apresenta óbice para as composições em sede de improbidade administrativa.

Não se mostra qualquer sentido em possibilitar-se o consenso na esfera administrativa e impedir-se o mesmo com os demais legitimados processualmente, especialmente o Ministério Público (antes ou depois do ajuizamento da ação).⁶³

5.2. Os Consensos como Exercício dos Direitos Processuais

A propositura da ação judicial, decorrente que é da iniciativa do autor, fixa o objeto litigioso e o destinatário daquela pretensão. O réu define as questões que possam afastar a pretensão daquele que demanda, ressalvadas questões de ordem pública que o juiz possa conhecer de ofício – e as afirmações das partes definem, prioritariamente, o conteúdo do ônus da prova.⁶⁴

Consoante já referido, tais condutas processuais devem resguardar a dignidade humana,⁶⁵ competindo ao juiz também promovê-la, nos termos do artigo 8º do novel Código.

Imperioso observar que os princípios processuais possuem uma função de ordenação e organização do próprio conjunto jurídico, da mesma forma como balizam a compreensão e a aproximação deste mesmo conjunto.⁶⁶

É o processo um local onde se faz o equilíbrio e a cooperação entre as atividades do Estado e aquela executada pelos demais sujeitos, já que nele se pode buscar a concretude de um direito, sendo que a concessão de um privilégio somente deve servir para equilibrar alguma possível desigualdade existente.⁶⁷

O Estado Democrático de Direito força a uma participação maior dos envolvidos naquilo que lhes disser respeito, e o contraditório passa a também ser considerado como uma forma de diálogo processual.⁶⁸

⁶² Neste ponto, também para melhor o definir no caso concreto, vale citar o que vem no art. 1º, §4º, da Resolução nº 179 do CNMP, de 26 de julho de 2017: “caberá ao órgão do Ministério Público com atribuição para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de reuniões ou audiências públicas com a participação dos titulares dos direitos, entidades que os representem ou demais interessados”. O que ganha vulto com o art. 3º, §6º: “poderá o compromisso de ajustamento de conduta ser firmado em conjunto por órgãos de ramos diversos do Ministério Público ou por este e outros órgãos públicos legitimados, bem como contar com a participação de associação civil, entes ou grupos representativos ou terceiros interessados”.

⁶³ Importante considerar o que a doutrina aponta: “[...] Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que venha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário [...]. Em suma, a autocomposição abrange *qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio*” (TALAMINI, 2017: p. 103 – grifo no original).

⁶⁴ GRECO, 2011: p. 724.

⁶⁵ Um dos fundamentos de nossa República Federativa, nos termos da Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III.

⁶⁶ VALE, 2009: p. 33.

⁶⁷ FERNANDES, 2012: p. 54 e 56.

⁶⁸ CUNHA, 2015: p. 45-46.

Não se pode desconsiderar que os que se encontram processados objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver, conforme o exercício consciente de autonomia concedida.⁶⁹ É um reflexo da liberdade (autorregramento), conforme o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Afinal, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, seja por razões subjetivas, seja por razões objetivas. Subjetivamente, porque não está só ao arbítrio do titular fixar qual o alcance e a forma de satisfação de tal interesse; objetivamente, porque os direitos estão interligados com valores individuais, sociais e comunitários, pelo que necessitam estar concordes com os valores sociais.⁷⁰

Assim, o contraditório, ampla defesa, direito de audiência devem sempre estar previstos como direito. Porém, há que se reconhecer que existem etapas e fases processuais que podem ser supridas sem que isto represente qualquer sacrifício dos direitos indispensáveis.⁷¹

Isto porque a instrução processual não é uma ocorrência natural. Instrução é o esclarecimento de um episódio ocorrido no mundo fático, mas que pode deixar de ser realizada quando ausente oposição a ser assumida contra aquilo que se apresenta em seu desfavor.⁷²

Exemplo disto se dá com a confissão extrajudicial ou judicial, espontânea ou provocada.⁷³

A confissão, no processo civil, consiste na afirmação da veracidade daquilo que é apresentado, servindo, portanto, como meio de prova destinado a convencer o julgador. Traz consigo a necessidade de reconhecer o fato alegado pela outra parte, a voluntariedade em tal reconhecimento e o prejuízo para quem confessa,⁷⁴ favorável à parte adversária.⁷⁵

No que pertine ao estudo, o fato a ser admitido é o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, com o reforço do direito material tutelado, pelo que não se vislumbra hipótese de aplicação dos termos do artigo 392, que diz não valer, como confissão, a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.⁷⁶

Como consequência, a confissão, no direito processual civil, dispensa a parte contrária de realizar a prova a seu favor no ponto confessado,⁷⁷ bem como traz uma presunção de veracidade *juris tantum* sobre aquilo que a confissão aborda, pois o direito material resta abdicado.⁷⁸

⁶⁹ SOUSA MENDES, 2013: p. 82.

⁷⁰ VIEIRA DE ANDRADE, 2012: p. 263-264.

⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, 1983: p. 224.

⁷² Como se lê em Figueiredo Dias (1983: p. 228-229).

⁷³ GRECO, 2011: p. 742.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, 2014: p. 485.

⁷⁵ Nos termos do novo Código de Processo Civil, artigo 389. Na doutrina: MARINONI; ARENHARDT, 2008: p. 318.

⁷⁶ Como aponta a doutrina, ainda com base no Código anterior, a admissão de fatos favoráveis em direitos indisponíveis significa apenas dizer que o proponente da demanda cível deverá demonstrar os fatos constitutivos de sua pretensão, mas não há qualquer impeditivo legal para que o juízo tome a própria confissão como fundamento para sua convicção, desde que seja ela válida (GARCIA; ALVES, 2011: p. 877-878).

⁷⁷ O que acaba por assemelhar-se a um negócio jurídico de cunho processual, criando uma situação de verdade para as partes envolvidas (MARINONI; ARENHARDT, 2008: p. 319).

⁷⁸ MARINONI; ARENHARDT, 2008: p. 318.

A confissão, da mesma forma, pode coexistir com uma figura correlata, qual seja, a do reconhecimento do pedido.

O reconhecimento do pedido surge quando o réu não apresenta resistência àquilo que é postulado pelo autor e independe da existência de concordância quanto aos fatos (como ocorre na confissão).⁷⁹ O demandado, no caso, declara admitir o pedido contra si, o que leva à extinção do processo civil (o que também não ocorre com a confissão).⁸⁰

É fácil concluir que confessar e reconhecer a procedência do pedido também integram a noção do contraditório, especialmente quando não houver oposição a ser apresentada – o mesmo pode ser dito, inclusive, no que diz com a revelia.

No não exercício, o direito em si é satisfeito pela omissão ou não utilização dele, sem qualquer vinculação com outra parte, conforme sua esfera de liberdade.⁸¹

Compete ser definido que a titularidade de um direito ou das posições que o envolvem confere ao sujeito os poderes de disponibilidade acerca do momento de seu exercício, bem como se, de fato, será exercido, dada a dignidade, a autonomia e a autodeterminação individual.⁸²

Estas últimas podem, inclusive, fazer com que se deixe de recorrer da decisão que o prejudica (o que vale para o Ministério Público também). Igualmente, nenhuma parte pode ser obrigada pelo juízo a produzir provas, pelo que pode deixar de arrolar testemunhas, apresentar documentos, entre outros.⁸³

Relevante mencionar que isso não pode encontrar óbice sob a alegação de que é imprescindível a verificação da verdade.

Diz-se isso por um motivo simples: o processo civil enfrenta a dificuldade que é inerente a todo o sistema processual em si! O que é possível alcançar, em sua seara, é a verdade provável.⁸⁴ A verdade processual, consequência que é da prova, perfectibiliza-se como a imagem idealizada daquilo que foi apresentado no processo.⁸⁵

Apesar de a finalidade do processo ser a de realizar a justiça, pode ser ela cerceada por diversas razões (que originam as nulidades e as inadmissibilidades de prova, p. ex.), com o que se conclui que ela somente pode ser atingida com uma base processualmente válida, especialmente com respeito aos direitos fundamentais individuais daqueles que estão envolvidos.⁸⁶

⁷⁹ Notadamente quando disser sobre o fato principal exposto em julgamento (MARINONI; ARENHARDT, 2008: p. 323).

⁸⁰ SILVA, 1991: p. 272-273. É uma hipótese de resolução de mérito, nos termos do novo Código de Processo Civil, artigo 487, inciso III, alínea "a".

⁸¹ Como pontua Mendes (2006: p. 125-126), a liberdade não surge para atingimento de fins públicos ou estatais, mas unicamente caracteriza-se como liberdade, sob pena de que a irrenunciabilidade (e pode-se dizer o não exercício) dos direitos fundamentais afetaria qualquer capacidade de determinação do indivíduo e, por conseguinte, consistiria ela em um forte atentado ao conceito de dignidade do ser humano.

⁸² NOVAIS, 2006: p. 235.

⁸³ QUEIROZ, 2014: p. 705-706. Na linha do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "135. (art. 191, §4º) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual" (conforme consta em Duarte, 2014: p. 33).

⁸⁴ ZANETI JÚNIOR, 2004: p. 127-128.

⁸⁵ "La prueba tiene que suponer un intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes (...)" (MONTERO AROCA, 2014: p. 32).

⁸⁶ MARQUES DA SILVA, 2010: p. 39-40.

Há de ser observado que a liberdade e o seu uso são de conteúdo individual, o que não pode ser regulado, em seu todo, pelo Estado; afinal, a liberdade não existe só se ela for cumprir os fins que sejam de mero interesse estatal.⁸⁷ O interesse objetivamente disposto na norma de direito fundamental não pode esquecer o caráter subjetivo que ela traz consigo também – e é nesta garantia subjetiva que está legitimado o não exercício.⁸⁸

Como já mencionado no tópico anterior, as possibilidades de acordo em matérias que envolvem a improbidade não são estranhas ao sistema, como se vê no chamado “acordo de leniência”. Exemplificativamente, a Lei Federal nº 12.846/2013, artigo 16, §2º, disciplina que a celebração do acordo de leniência ou isentará a pessoa jurídica ou reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável nos termos da legislação indicada.⁸⁹

De suma importância, igualmente, mencionar que, por força do artigo 17 da mesma Lei Federal nº 12.846/2013, é cabível o acordo de leniência também nos ilícitos previstos na Lei de Licitações, notadamente no que diz com os artigos 86 a 88.

Interessante observar, por fim, que o Ministério da Justiça brasileiro expediu a Portaria nº 839, de 12 de setembro de 2016, estabelecendo a possibilidade de *termo de ajustamento de conduta de servidor* no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional. Nele, o servidor interessado declara estar ciente da irregularidade a que deu causa, comprometendo-se a ajustar sua conduta em observância aos deveres e proibições previstas na legislação vigente.

Relevante considerar que a possibilidade é cabível às chamadas “infrações disciplinares de menor potencial ofensivo” (art. 2º, §1º 90).

Noutras palavras, não há sentido em autorizar-se a realização de acordos por parte do órgão público, integrante do Poder Executivo, moldados com o firme propósito de proteger a Administração Pública, e impossibilitar que o Poder Judiciário e os legitimados possam proceder da mesma forma no âmbito processual. É um contrassenso impor-se um custo e um ônus sem uma razão evidente para tanto.

E a citada Portaria apenas reforça a compreensão que o texto quer expor: ela regula uma situação em que a vítima (União) se dispõe a resolver, mediante acordo, uma gama de infrações administrativas que poderiam caracterizar improbidade

⁸⁷ NOVAIS, 2006: p. 242.

⁸⁸ NOVAIS, 2006: p. 244-245.

⁸⁹ E o acordo de leniência, por suas exigências, autoriza a compreensão, inclusive, de colaboração processual no âmbito da persecução da improbidade administrativa. Pela referência: “Concorrentemente, considerando que a nova lei de combate à corrupção autoriza o acordo administrativo de leniência como medida apta à mitigação das sanções aplicáveis às pessoas que celebraram contrato com o Poder Público, afigurar-se-á cabível ao Ministério Público valer-se do instituto da delação premiada como instrumento conveniente e oportuno para que o conteúdo sancionatório da norma prevista na Lei nº 8.429/92 venha a alcançar os verdadeiros e mais poderosos autores de ilícitos contra a Administração Pública” (BARBABELA, 2015: p. 21).

⁹⁰ Nos termos do art. 2º, §2º, não serão consideradas infrações disciplinares de menor potencial ofensivo aquelas que envolverem condutas relacionadas a licitações, execução de contratos administrativos ou transferências voluntárias; condutas que justifiquem a imposição de sanção superior à de advertência; existência de prejuízo ao erário; extravios ou danos a bem público, nos casos em que caiba a solução por meio de Termo Circunstanciado Administrativo; fatos que estiverem sendo apurados por meio de inquérito policial, inquérito civil, ação penal ou ação civil; concurso de infrações disciplinares; e fatos acerca dos quais haja condenação perante o Tribunal de Contas da União.

administrativa também (como consta no art. 4º, o Diretor-Geral do Departamento Nacional Penitenciário, ouvida a Corregedoria-Geral, ao averiguar que a conduta praticada amolda-se aos casos permissivos à celebração do termo de ajustamento, determinará às unidades prisionais e demais Diretorias que proponham ao servidor investigado sua celebração, esclarecendo-lhe, de imediato, os benefícios da medida).

A situação se agrava quando se observa a existência das chamadas delações premiadas/colaborações processuais, no âmbito processual penal, nas hipóteses em que guardam estreita vinculação com figuras penais que se aproximam da improbidade administrativa, especialmente a hipótese regrada entre os artigos 4º e 7º da Lei Federal nº 12.850/2013.

Ousa-se mais: tais acordos processuais podem, sim, incluir as hipóteses relativas às sanções a serem impostas, observados os termos do artigo 12, *caput* e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, tal qual como ocorre com a colaboração processual penal. Não se pode olvidar que todo o processo compreende um risco, além de ele próprio ser uma punição.⁹¹ A partir de tal compreensão, deve ser respeitada a vontade do demandado em ver-se livre do processo de forma mais ágil, como um forte indicativo em favor de uma condenação com maior ou menor grau de severidade.⁹²

Acompanha-se, em definitivo, a perspectiva da doutrina que afirma que a celeridade, a simplicidade e a eficiência⁹³ também devem estar presentes na busca pelo enfrentamento da corrupção. Assim, não se mostra adequado que a punição daquele que colabora seja proporcionalmente idêntica aos que assim não agem (é um dos fundamentos pelos quais se deve aceitar a figura da colaboração também nestas hipóteses).⁹⁴

Forçoso considerar que os acordos que aqui são sustentados devem acontecer de forma voluntária⁹⁵ e com consciência da disposição de direitos processuais previstos em lei e na Constituição, pelo que não pode ocorrer de forma injusta ou composta por abusos.⁹⁶ De igual sorte, deve ser confirmado com a certeza de que o demandado também compreende a punição imposta.⁹⁷ Faltantes tais situações, não pode o acordo ser convalidado pelo juízo.⁹⁸

Logo, a participação em consenso, livre de coação, não resulta em renúncia a direitos, mas no próprio exercício deles,⁹⁹ com o objetivo de tornar mais facilitado o trâmite do processo.

⁹¹ SANDEFUR, 2003: p. 31.

⁹² BIBAS, 2004: p. 2507.

⁹³ Também referidas na Resolução nº 179 do CNMP, de 26 de julho de 2017.

⁹⁴ DINO, 2015: p. 457. Como o mesmo autor expõe na obra: “É importante considerar, nesse passo, que o próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa. Isso iria de encontro, inclusive, ao princípio da proteção da confiança legítima (...)” (p. 458).

⁹⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, 141-142.

⁹⁶ DOUGLAS, 1988: p. 268-269.

⁹⁷ RAPOZA, 2013: p. 216.

⁹⁸ RAPOZA, 2013: p. 214.

⁹⁹ Resolução nº 179 do CNMP, de 26 de julho de 2017, art. 3º, §4º: “na fase de negociação e assinatura do compromisso de ajustamento de conduta, poderão os compromissários ser acompanhados ou representados por seus advogados, devendo-se juntar aos autos instrumento de mandato”.

O que se quer demonstrar é que a capacidade do demandado em ação de improbidade administrativa em apresentar sua concordância, devidamente acompanhada de uma defesa técnica, não é diferente de sua capacidade de praticar qualquer outro ato defensivo processual.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

Não se olvida, aqui, da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, princípio motriz dos Estados democráticos. Entretanto, como bem pondera o professor Figueiredo Dias,¹⁰² os direitos e garantias processuais exigem consonância com os interesses que estão relacionados com os interesses coletivos de segurança e de própria concretude da vida comunitária, haja vista a necessidade de proporcionalidade e de ponderação daquilo que está envolvido na discussão.

Porém, com a ressalva de que sempre há alternativas aos termos do acordo, quais sejam, o julgamento e a garantia de não produzir prova contra si. Ela pode ser exercida sempre que assim se desejar, já que o Poder Judiciário deve estar sempre presente para cumprir com seu dever dentro da estrutura da tripartição dos poderes.¹⁰³

Tratam-se de direitos e, como tais, podem não ser utilizados por seu titular, o que ganha legitimação a partir do respeito à sua autonomia da vontade.¹⁰⁴ Como diz a doutrina: “Essa inflexibilidade, contudo, não se coaduna com a própria finalidade da norma, tampouco com os atuais vetores do sistema de repressão do Estado (...)”.¹⁰⁵

As partes envolvidas farão o controle daquilo que for condizente para a proteção integral da Administração Pública, tanto no que diz com a punição em si, como quanto na reparação e demais formas de punição cabíveis ao caso concreto.

O que se exige é que haja boa-fé das partes envolvidas, notadamente do Estado, no cumprimento das condições impostas, em face da segurança jurídica e da confiança na aplicação dos mecanismos jurídicos,¹⁰⁶ o que nada mais é do que uma exigência imposta pelo artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015.

Quando houver confissão e/ou reconhecimento do pedido, se entender estarem todos os interesses devidamente preservados, far-se-á uso do artigo 355 do Código de Processo Civil, que diz que o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas.

¹⁰⁰ BUTRÓN BALIÑA, 1998: p. 183.

¹⁰¹ Aliás, não se trata de algo estranho. Por exemplo, cabe ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isto comportar em determinada vantagem ou benefício ao seu titular (União Europeia. *European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy* (nº 2, application nº 10249/03): p. 34).

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS, 2011: p. 27.

¹⁰³ ZACHARIAS, 1998: p. 1187-1188.

¹⁰⁴ TORRÃO, 2000: p. 75. Pela relevância, em que pese versar sobre os acordos em processo penal, vale dizer que, no âmbito americano, já se decidiu que qualquer acusado pode renunciar direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a compreensão de que tal situação está a acontecer (ESTADOS UNIDOS. *Court of Appeal for the Third Circuit. United States of America v. Craig A. Grimes*, nº 12-4523: p. 1-13).

¹⁰⁵ DINO, 2015: p. 455.

¹⁰⁶ FRUMER, 2013: p. 42-43.

Sempre se deve ter presente que a atuação da vontade das partes não torna o processo meramente uma atividade privada; deve ser de forma equilibrada, de molde a que não se torne um autoritarismo, nem um ato que se mostre como um indiferente estatal.¹⁰⁷ Vale a compreensão de que o que se pretende é confirmar que a dignidade humana,¹⁰⁸ a responsabilidade e a admissão estão vinculadas à liberdade do homem, voltada para uma decisão embasada na razão, porque ela é voltada para a autodeterminação responsável.¹⁰⁹

Afinal, o processo necessita estar adaptado à condição dos sujeitos e ao objeto que nele é versado, pelo que a adaptação de seu rito, de maneira teleológica, também deve ocorrer, por isto que confere uma capacidade de adaptação às partes. O papel do juiz está em levar o processo a uma mais adequada solução das matérias levadas ao Judiciário, com redução de custos e tempo.¹¹⁰

6. Conclusão

O trabalho destinava-se a responder a pergunta exposta no seu título. Evidentemente, a intenção desse trabalho está em trazer à discussão um tema de suma importância. Não tem ele a pretensão de esgotar a questão, pois ainda há mais por discutir, pesquisar e comparar sobre ela.

Estivemos próximos da superação da restrição quando da Medida Provisória nº 703 de 2015. Não obstante, dentro da discricionariedade inerente ao contexto político, o legislador preferiu mantê-la.

Contudo, fica evidente que a vedação, originariamente feita no artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa não mais se coaduna com as novas intenções voltadas ao processo civil. É um processo que quer perfectibilizar o direito das partes em obterem a solução integral do mérito, em prazo razoável, sempre pautado na boa-fé. Tudo isto a partir de uma compreensão cooperativa entre os sujeitos processuais, de forma a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum (é um clamor social um combate mais efetivo da corrupção), resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, com base na proporcionalidade, na razoabilidade, na legalidade, na publicidade e na eficiência.

Os consensos, expostos também nos acordos de leniência, nada mais são do que a efetivação dos próprios direitos processualmente estabelecidos, que se justificam pela voluntariedade em vê-los efetivados ou, então, em não utilizá-los, sempre com o fito de proteger, no caso, o interesse maior, qual seja, o correto exercício da Administração Pública e, porque não dizer, o correto manejo da coisa pública.

¹⁰⁷ GODINHO, 2015: p. 410.

¹⁰⁸ NOVAIS, 2006: p. 274.

¹⁰⁹ KAUFMANN, 2010: p. 352, 356.

¹¹⁰ ABREU, 2015: p. 203-204. Afinal, como diz a doutrina: “Nesse quadro, não seria razoável inadmitir a negociação ou a resolução colaborativa apenas por falta de expressa previsão legal, como se o sistema de meios adequados de solução de controvérsias fosse *numerus clausus*. Ao revés, devem-se admitir outros instrumentos e técnicas de resolução de controvérsias que possam levar ao resultado consensual, sobretudo se forem protagonizados pelas partes e estas o fizerem com menos custos para todos” (CABRAL; CUNHA, 2016: p. 8).

Proibir a realização é violar a autonomia, a vontade e a liberdade dos envolvidos na apuração civil de improbidade administrativa. Também é desprezar a capacidade que o juiz possui de, racionalmente, conduzir o processo e, por ele, obter uma resposta que encontre respaldo social e efetividade prática.

Enfim, manter a vedação é privilegiar aqueles que fazem da ilicitude um modo de vida pública. Certo é que, 25 anos depois, não há mais sentido jurídico na sua manutenção.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 193-214.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 245-268.

BARBABELLA, Leonardo Duque. A possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada em casos de improbidade administrativa. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Caderno de Teses*. III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 20-28. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses/Livro%20de%20teses.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 117, nº 8, p. 2463-2547, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30 de maio de 2016. *Diário Oficial da União*: Brasília, 31 mai. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. *Diário Oficial da União*: Brasília, Seção 1, de 27 de jan. 2015, págs. 48/49. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. *Diário Eletrônico do CNMP*: Brasília, edição nº 169, disponibilizado em 06 set.

2017, publicado em 08 set. 2017, págs. 1-4. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ED.169_-6.9.2017.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Governo Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Collecção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1939*: Rio de Janeiro, vol. 7, p. 311-438. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Estado do Amapá. Conselho Superior do Ministério Público. Resolução nº 002/2017-CSMP/AP, de 28 de março de 2017. Admite e regulamenta o acordo com pessoas físicas no caso de práticas de atos de improbidade administrativa. Disponível em: <[file:///E:/Users/usuario7/Downloads/9C8CBD58-2C5B-49C3-9D0E-0C9EC59672B4%20\(1\).pdf](file:///E:/Users/usuario7/Downloads/9C8CBD58-2C5B-49C3-9D0E-0C9EC59672B4%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Estado do Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei nº 45/2015. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da administração pública estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trata da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao.aspx?SiglaTipo=PL&NroProposicao=45&AnoProposicao=2015&Origem=Dx>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, 17 jan. 1973, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 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 (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, 12 set. 1990, p. 1 (suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, 03 jun. 1992, p. 6993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009. Altera os arts. 12 e 21 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa. *Diário Oficial da União*: Brasília, 16 dez. 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12120.htm#art1>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, 2 ago. 2103, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, 17 mar. 2015, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*: Brasília, 29 jun. 2015, p. 4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. *Diário Oficial da União*: Brasília, 21 dez. 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm#art2>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Ata da octingentésima quinquagésima segunda sessão ordinária de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/sesoes/atas/atas-de-coordenacao-2015/ata-de-sessao-ordinaria-no-852.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Orientação nº 3/5ª CCR. 945ª Reunião Extraordinária, realizada em 15

de março de 2017, que deliberou pela conversão do Enunciado nº 34 em Orientação nº 3,. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Portaria nº 839, de 12 de setembro de 2016. Institui o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 set. 2016, nº 177, Seção 1, p. 22. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27184500_PORTARIA_N_839_DE_12_DE_SETEMBRO_DE_2016.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 827445-SP. Relator para o acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=838339&num_registro=200600589223&data=20100308&formato=HTML>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 695500-SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 08 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439580&num_registro=201500700514&data=20150916&formato=HTML>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Cível. Embargos de Declaração nº 70065718009. Relator: Desembargador Francesco Conti. Porto Alegre, RS, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versoao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065718009%26num_processo%3D70065718009%26codementa%3D6437676+70065718009++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065718009&comarca=Comarca%20de%20Taquara&dtJulg=26/08/2015&relator=Francesco%20Conti&aba=juris>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M. *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996.

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 541-557.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 259/2016, p. 471-489, 2016 (versão utilizada em PDF, p. 1-15).

CADIET, Loïc. La tendance a la contractualisation de la justice et du procès. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 261/2016, p. 117-137, 2016 (versão utilizada em PDF, p. 1-15).

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 481-506.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 27-62.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 19-25.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 439-459.

DOUGLAS, John Jay. *Ethical issues in prosecution*. Houston: National College of District Attorneys, 1988.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. O Novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental. *Revista do GEDICON*. Rio de Janeiro, vol. 2, p. 21-42, dez. 2014.

ESTADOS UNIDOS. *United States Court of Appeal for the Third Circuit*. United States of America v. Craig A. Grimes, nº 12-4523. Washington: United States District Court, 2013. p. 1-13. Disponível em: <<http://sites.temple.edu/templawreviewblog/files/2014/02/US-v-Grimes.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio"*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

_____. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: CORREIA, Eduardo *et al.* *Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 189-242.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile (version consolidée au 1 octobre 2015)*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=632013439EF66C169ABF2F1DBF9E6191.tpdila13v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151004>. Acesso em: 04 out. 2015.

FRUMER, Philippe. Variaciones sobre el tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales. In: FRUMER, Philippe e VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 11-87.

GALAIN PALERMO, Pablo. Relaciones entre “el derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 249-282.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 407-416.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, vol. 04, nº 01, p. 720-746, 2011.

HIRALDE VEGA, Germán; CAUSSE, Federico. La celeridad procesal a cargo de las partes (invitación del próprio juez de la causa). In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 371-381.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 645-670.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. vol. 2. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de processo penal I: noções gerais, elementos do processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público*, Brasília, vol. 1, nº 13, p. 121-133, 2006. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/418/904>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MIRANDA, Gustavo Senna. Da Impossibilidade de Considerar os Atos de Improbidade Administrativa como Crimes de Responsabilidade. CONAMP, sem data indicada,

documento não paginado. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/488-da-impossibilidade-de-considerar-os-atos-de-improbidade-administrativa-como-crimes-de-responsabilidade.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 out. 2015.

MONTERO AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant ló Blanch, 2014.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 28ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 81-92.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. Convenções Disciplinadoras do Processo Judicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. XIII, nº 13, p. 693-732, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11931/9343>>. Acesso em: 04 out. 2015.

RAPOZA, Phillip. *A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra*. Julgar, Coimbra, vol. 19, p. 207-220, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fascículo 2, p. 233-250, 1998.

SANDEFUR, Timothy. In *defense of plea bargaining*. Regulation, p. 28-31, fall 2003. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* (adaptadas ao novo Código de Processo Civil). vol. 2 10ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol I. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

TALAMINI, Eduardo. A [in]disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 264, ano 42, p. 83-107, 2017.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. I. 55ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. *European Court of Human Rights*. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy (nº 2, application nº 10249/03). President: Jean-Paul Costa. Strasbourg, 17 september 2009. p. 1-46. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94135#%22itemid%22:\[%22001-94135%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94135#%22itemid%22:[%22001-94135%22])>. Acesso em: 20 out. 2015.

VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 63-80.

ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. *William and Mary Law Review*, Williamsburg, vol. 39, nº 4, p. 1121-1189, 1998.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 115-164.

As Normas de Abreviação do Procedimento com Base em Precedente

Ronaldo Cramer*

Sumário

1. Delimitação do Tema. 2. Posições sobre o Tema. 3. Nem *Faculdade* nem *Poder-Dever*. Depende do Precedente. Bibliografia.

1. Delimitação do Tema

Há normas processuais que preveem o *uso de precedente como técnica de abreviação do procedimento*¹ para permitir o julgamento imediato do processo ou do recurso. Esse tipo de norma racionaliza o exercício da jurisdição, na medida em que não faz sentido dar andamento a um processo ou a um recurso se já existe posicionamento judicial consolidado em sentido contrário à tese da petição inicial ou da peça recursal. Essa medida atende, acima de tudo, ao princípio da duração razoável do processo, previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição e, ainda, no art. 4º do novo CPC.

Um exemplo bastante conhecido dessa espécie normativa é o antigo art. 557 do CPC de 1973, que autorizava o relator a negar provimento ao recurso, com base em jurisprudência, sumulada ou não, do próprio tribunal ou dos tribunais superiores, e a dar provimento ao recurso, com fundamento em jurisprudência, sumulada ou não, apenas dos tribunais superiores.

O Código de 1973 continha outras normas semelhantes, como o art. 285-A, que possibilitava o julgamento liminar de improcedência do pedido na primeira instância, com base em “precedente”² do juízo; e o art. 518, §1º, que impedia a admissão da apelação na primeira instância, caso a sentença recorrida estivesse em conformidade com súmula do STJ ou STF.

O novo CPC também traz normas com o mesmo padrão. São os casos do art. 332, que autoriza o juiz a julgar improcedente liminarmente o pedido na primeira instância, com fundamento em súmula do STF ou STJ, em julgamento de casos repetitivos, em

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Vice-Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto Carioca de Processo Civil. Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio. Advogado.

¹ Ou de *sumarização do julgamento*, como alguns autores preferem. Independentemente do nome que se atribua, o importante é saber que essa técnica antecipa o julgamento do processo ou do recurso, por meio da aplicação de um precedente.

² *Precedente* está entre aspas, porque não existe precedente em primeira instância. Com efeito, o antigo art. 285-A queria se referir a um parâmetro decisório decorrente de sentenças já proferidas no mesmo juízo.

juízo de assunção de competência ou em súmula do tribunal de justiça sobre direito local; do art. 932, inciso IV, que confere ao relator o poder de negar seguimento ao recurso, se este estiver em confronto com súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal, com julgamento de casos repetitivos ou com julgamento em assunção de competência; e do art. 932, inciso V, que confere ao relator o poder de dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida for contrária à súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal, a julgamento de casos repetitivos ou a julgamento de assunção de competência.

Repare-se que os artigos 332 e 932, incisos IV e V, do NCPC repetem, com algumas modificações, as regras dos artigos 285-A e 557 do CPC de 1973.

A principal modificação consiste no fato de que as normas do novo CPC não se referem mais à jurisprudência, mas sim a precedentes, em decorrência da implementação do sistema de precedentes pelo novo Código.

Explique-se por que todos os parâmetros decisórios contidos no art. 332 e no art. 932, incisos IV e V, constituem precedentes. Precedente é *todo julgado de tribunal que cria a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório, vinculante ou persuasivo, para casos futuros*³.

A partir desse conceito, os julgados do STJ e STF, em recursos excepcionais repetitivos, previstos no inciso II do art. 332, são precedentes porque criam a tese jurídica que constituirá modelo decisório para outros casos. O mesmo se diga para os julgados proferidos nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, dispostos no inciso III do mesmo artigo.

As súmulas, listadas nos incisos I e IV do art. 332, muito embora não se confundam com precedentes, encontram-se inseridas na norma para serem aplicadas a partir de seus precedentes originários. Sob a perspectiva do sistema de precedentes do novo CPC, a súmula deve ser integrada a esse sistema para que, em qualquer previsão normativa, seja empregada não conforme o seu texto, como antes se fazia, mas a partir do precedente que a formou. Logo, quando uma norma, no novo CPC, se refere a uma súmula, o que deve ser aplicado não é ela (a súmula), mas o precedente que a originou.

O mesmo esclarecimento dado acima para os incisos do art. 332 serve para dizer que os incisos IV e V do art. 932 também prescrevem o uso de precedentes e não meramente de súmulas ou julgados.

Assim, visto que os artigos 332 e 932, incisos IV e V, preveem, como técnica de abreviação do procedimento, o uso de precedente, surge uma questão interessante: essas normas estipulam uma *faculdade* ou um *poder-dever* para o magistrado? Vale dizer, se o magistrado identifica o precedente previsto na norma, deve, obrigatoriamente, aplicá-lo e abreviar o procedimento ou pode, se quiser, não o fazer.

³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.86.

2. Posições sobre o Tema

Sob a égide do CPC de 1973, a jurisprudência e a maioria da doutrina tinham o entendimento de que essas normas designavam somente uma *faculdade*. Era esse o entendimento de Araken de Assis sobre o antigo art. 557:

Cuida-se de simples faculdade do relator. Em vez de exercer a competência inserida na regra, nada obsta que, adotando atitude mais conservadora, remeta o julgamento da apelação ao órgão fracionário do tribunal. Do ponto de vista da economia, semelhante abstenção parece incongruente; porém, a variedade dos fundamentos do ato atribuído ao relator recomenda, salvo engano, maior comedimento na abreviação do procedimento⁴.

Na mesma direção, caminhava a jurisprudência do STJ. Leia-se a ementa de um de seus julgados:

Agravo regimental no recurso especial. Exibição de documentos. Alegação de ofensa aos artigos 128 e 460 do CPC. Alegação de impossibilidade de em sede de decisão monocrática se negar provimento a recurso especial. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa.

1. Ao utilizar a expressão “negar seguimento”, no artigo 557, CPC, o legislador procurou conferir ao relator a faculdade de indeferir, tanto o recurso que não preencha os requisitos necessários a um pronunciamento de mérito, quanto aquele que, atendendo tais pressupostos, não possa ser provido.

2. É da responsabilidade da parte viabilizar o seu acesso às vias superiores se deseja ver seu pleito apreciado. Não tendo o Tribunal debatido a questão a ele levada em sede de embargos de declaração, caberia ao recorrente/agravante alegar ofensa ao artigo 535 do CPC.

3. Decisão agravada que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental não provido⁵.

⁴ *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.268. Também vale conferir a posição de Cândido Rangel Dinamarco (“O relator, a jurisprudência e os recursos”). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.132.

⁵ STJ, AgRg no REsp 771.136/PB, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05.04.2011. A fundamentação do julgado apresenta as mesmas razões constantes na ementa para justificar que a norma do art. 557 do antigo CPC conferia apenas uma faculdade ao relator.

Em sentido diverso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentavam entendimento minoritário, segundo o qual o art. 557 do CPC de 1973 constituía uma delegação do colegiado ao relator, e, por esse motivo, este não podia se desvencilhar de exercer esse *poder*, o que tornava a aplicação dessa norma, na visão dos autores, um verdadeiro *poder-dever*⁶:

Por esta razão, tratando-se de delegação legal, não se pode imaginar que constitua a previsão mera faculdade do relator e que ficaria a seu exclusivo alvitre julgar monocraticamente o recurso ou submetê-lo ao colegiado. Embora não se trate de recurso novo, evidencia o dispositivo legal formulação de competência funcional do relator, motivo pelo qual não lhe é dado desvencilhar-se de sua atribuição, remetendo a causa à análise do colegiado. É preciso, assim, tomar *cum grano salis* a dicção do art. 544, §3º, quando alude a que o relator “poderá” conhecer o agravo e poderá dar-lhe provimento. Este “poderá” (como, aliás, ocorre em diversos casos da legislação processual brasileira) não representa faculdade, mas verdadeiro dever-poder atribuído ao magistrado⁷.

No novo CPC, com a valorização dos precedentes, a posição da doutrina inverteu-se em relação ao antigo Código. A maioria da doutrina, ao interpretar os artigos 332 e 932, incisos IV e V, advoga, agora, que esse tipo de norma atribui um *poder-dever* para o magistrado. Afirmam esse entendimento José Rogério Cruz e Tucci⁸, Georges Abboud e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos⁹, Hermes Zaneti Jr.¹⁰ e Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Delloro, Andre Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.¹¹. Apenas para ilustrar, leia-se o que diz Cruz e Tucci:

⁶ No mesmo diapasão, VIOLIN, Jordão. “Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro”. *A força dos precedentes*. 2ª ed. Luiz Guilherme Marinoni (Org.). Salvador: Juspodivm, 2012, p.515-516.

⁷ *Processo de conhecimento* (curso de processo civil, v. 2). 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.598-599.

⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII (arts. 318 a 368). José Roberto Ferreira Gouvêa; Luis Guilherme Aidar Bondioli; João Francisco Neves da Fonseca (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p.158. Anote-se que Cruz e Tucci questiona a constitucionalidade da norma do art. 332 do NCPC, justamente porque entende que essa norma confere eficácia vinculante aos precedentes nela contidos, o que, para o autor, somente poderia se dar por previsão constitucional.

⁹ *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Freddie Didier Jr.; Eduardo Talamini e Bruno Dantas (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.858.

¹⁰ *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1.356-1.357.

¹¹ *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p.57-58.

Ressalte-se, outrossim, que, pelos termos do *caput* do art. 332, não constitui faculdade, mas, sim, dever do juiz proferir julgamento de improcedência liminar. Esta regra igualmente se aplica no processo da ação rescisória, por determinação expressa do art. 968, §4º, do CPC¹².

Com opinião diversa da maioria, defendendo que as normas que utilizam o precedente como técnica de abreviação procedimental conferem uma *faculdade* ao magistrado, têm-se, hoje, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery Jr.¹³.

3. Nem Faculdade nem Poder-Dever. Depende do Precedente

Com todo respeito às posições contrárias, as normas do art. 332 e 932, incisos IV e V, não constituem nem uma *faculdade* nem um *poder-dever* para o magistrado. Tudo depende do precedente a ser empregado.

O novo CPC, ao mesmo tempo que prestigia os precedentes, organiza um sistema de precedentes para viabilizar o uso do instituto. De acordo com esse sistema, os precedentes somente serão vinculantes se a lei expressa e especificamente assim disser.

Os precedentes vinculantes encontram-se previstos no art. 927 do NCPD e em algumas normas específicas dispostas no regime jurídico de cada precedente, como é o caso, por exemplo, do §3º do art. 947, o qual confere eficácia vinculante ao julgado proferido no incidente de assunção de competência.

Caso se interprete que qualquer norma que possibilite a abreviação do procedimento com base em precedente deva ser, impreterivelmente, aplicada, o precedente previsto nessa norma, na prática, passa a ser vinculante, independentemente de previsão legal específica, sendo desimportante se o seu emprego obrigatório é apenas para a hipótese de incidência normativa.

Explique-se melhor. Na hipótese de se interpretar que o art. 332 do NCPD deve obrigatoriamente ser empregado pelo juiz, caso ele verifique a presença de uma súmula do STF em matéria federal, não há dúvida de que essa súmula passa a ter eficácia vinculante, ainda que somente para essa situação normativa. Ressalte-se que, conforme os incisos I e III do art. 927, no Supremo Tribunal Federal, apenas a súmula em matéria constitucional e a súmula vinculante propriamente dita constituem precedentes vinculantes.

O entendimento de que um precedente é vinculante sem previsão legal expressa e específica nesse sentido cria insegurança jurídica e desorganiza o sistema de precedentes, principalmente num momento muito delicado como o atual, em que esse sistema está sendo assimilado pela comunidade jurídica.

¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII (arts. 318 a 368). José Roberto Ferreira Gouvêa; Luis Guilherme Aidar Bondioli; João Francisco Neves da Fonseca (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p.158.

¹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.909.

Logo, forte no argumento de que o precedente somente será vinculante se houver norma que lhe atribua expressa e especificamente essa qualidade, não posso concordar com a posição de que as normas que abreviam o procedimento com base em precedente geram um *poder-dever* para o magistrado.

Com efeito, os artigos 332 ou 932, incisos IV e V, somente serão empregados obrigatoriamente pelo magistrado se o precedente a ser usado tiver eficácia vinculante por força do art. 927 ou de outra norma que lhe confira essa qualidade de forma expressa e específica. Nessa hipótese, salvo os conhecidos casos de distinção ou superação do precedente, o magistrado não terá alternativa e deverá abreviar o procedimento do processo ou do recurso, conforme uma dessas duas normas.

Porém, quando o precedente cogitado não for vinculante, seja porque não está previsto no art. 927, seja porque não há qualquer outra previsão expressa e específica em seu regime jurídico, os artigos 332 e 932, incisos IV e V, têm incidência apenas facultativa¹⁴. Somente se concordar com o precedente, o magistrado aplicará uma das referidas normas e abreviará o andamento do processo ou do recurso.

No entanto, se discordar do precedente, o magistrado não poderá simplesmente ignorá-lo, não aplicar a norma e dar andamento ao processo, como antes se fazia. Com o sistema de precedentes do novo CPC, o magistrado passa a ter, conforme o inciso VI do §1º do art. 489 do NCPC, um *dever de fundamentar especificamente* a sua escolha de não aplicar o precedente persuasivo. Se pretender não aplicar a norma, o magistrado tem o dever de dialogar com o precedente persuasivo nela previsto e justificar por que discorda dele.

Abre-se parêntese para dizer que o magistrado sempre deverá abreviar o procedimento do processo ou do recurso, se entender pela aplicação de um precedente vinculante listado no art. 927 do NCPC, ainda que este precedente não esteja previsto no art. 332 ou no art. 932, incisos IV e V. Essa posição respalda-se no entendimento de que o precedente vinculante sempre deverá ser empregado em todas as oportunidades previstas em lei para julgamento do processo ou do recurso¹⁵.

¹⁴ Oreste Nestor Souza Laspro tem entendimento parecido (*Código de Processo Civil anotado*. José Rogério Cruz e Tucci *et al.* (Coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p.484-485). Para o autor, a norma do art. 332 somente representará um dever se o precedente a ser empregado for vinculante por força de previsão de outra norma, que deve ser, necessariamente, decorrente da Constituição.

¹⁵ No mesmo sentido, SILVA, Ticiano Alves e. "O contraditório na improcedência liminar do pedido do novo CPC". *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*, v. 2. Alexandre Avalo Santana e José de Andrade Neto (Coord.). Campo Grande: Contemplar, 2016, p. 63. Com entendimento contrário, sustentando que o precedente vinculante do art. 927, quando não previsto no art. 332, não serve como fundamento para a improcedência liminar do pedido, leia-se GAJADORNI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p.58. Com efeito, seria melhor que os artigos 332 e 932, incisos IV e V, apenas previssem os precedentes enumerados no art. 927. No entanto, há desarmonia entre aquelas normas e o art. 927, o que gera esse tipo de polêmica. Sobre essa questão, Fredie Didier explica que, originariamente, o art. 332 previa apenas os precedentes do art. 927, mas, durante a tramitação do Projeto do novo CPC, esse último dispositivo foi alterado, enquanto que aquele permaneceu o mesmo. Daí a difícil compatibilidade entre as normas (*Curso de direito processual civil*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p.598).

Dessa forma, as normas que abreviam o procedimento com base em precedente representam uma *faculdade* ou um *poder-dever* para o magistrado, a depender se o precedente nela previsto tem eficácia vinculante conforme o art. 927 do NCPC ou de acordo com outra norma disposta em seu regime jurídico que diga isso de forma expressa e específica.

Bibliografia

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini e Bruno Dantas (Coord.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

GAJADORNI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016.

LASPRO, Oreste Nestor Souza. *Código de Processo Civil anotado*. José Rogério Cruz e Tucci *et al.* (Coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento (curso de processo civil, v. 2)*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

SILVA, Ticiano Alves e. O contraditório na improcedência liminar do pedido do novo CPC. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*, v. 2. Alexandre Ávalo Santana e José de Andrade Neto (Coord.). Campo Grande: Contemplar, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII (arts. 318 a 368). José Roberto Ferreira Gouvêa; Luis Guilherme Aidar Bondioli; João Francisco Neves da Fonseca (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

VIOLIN, Jordão. *Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro*. A força dos precedentes. 2ª ed. Luiz Guilherme Marinoni (Org.). Salvador: Juspodivm, 2012.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

onsino

meccor

O Distritão¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Quando presidia a comissão de reforma política da seccional da OAB em São Paulo, tínhamos, nos três anos de seu funcionamento, sugerido algumas propostas para modificação do sistema eleitoral.

A mais ousada, que constou de livro que coordenei com 26 juristas, filósofos, cientistas políticos e sociólogos (“Parlamentarismo: Utopia ou Realidade”), objetivava ver encampado pelo Congresso o referido sistema.

Admitindo um período de transição entre o presidencialismo e o parlamentarismo, adotado por 19 das 20 maiores democracias do mundo, apresentamos alguns anteprojetos de lei. Nossas propostas incluíam a adoção de cláusula de barreira para redução do número de partidos, o voto distrital misto, a fidelidade partidária e o rígido controle do financiamento privado das campanhas.

Opusemo-nos ao voto em lista para não eternizar, no Legislativo, caciques e donos de siglas sem densidade eleitoral.

Também não admitíamos que, no curso do mandato, o parlamentar eleito passasse para outro partido. Poderia deixar o seu, mas ficaria sem legenda, o que acarretaria a inviabilidade de concorrer a mandato imediatamente posterior. É o que acontece em Portugal.

Quando Michel Temer (PMDB) sugeriu, ainda então como vice-presidente, o distritão, fui favorável a sua aprovação. Se um país não tem partidos políticos, mas meras legendas que se multiplicam como cogumelos, nada mais natural que o mais votado seja o que melhor represente o eleitorado.

No distritão proposto por Temer, São Paulo, por exemplo, teria direito a 70 deputados, que seriam os que conseguissem mais votos – isto é, aqueles considerados pela população como os que melhor poderiam representá-la.

Os suplentes desses deputados não seriam os de sua legenda e sim os também mais votados pelos eleitores, com o que a representação no Congresso, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais caberia àqueles que tivessem merecido dos eleitores suas indicações.

¹ Texto publicado no Jornal Folha de São Paulo em 6 ago. 2017.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado - Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS).

Donos de partidos sem densidade eleitoral, que buscam puxadores de votos para elegerem-se, perderiam espaço. Não haveria a injustiça de candidatos com expressiva votação serem preteridos por outros com votos inexpressivos, por força de popularidade de cidadãos convidados para este ou aquele conglomerado partidário.

Na minha avaliação, todavia, para fortalecer legendas com políticos autênticos e não com aliciados conquistadores de votos, a fidelidade partidária teria que ser efetiva, pois seria a única forma de valorizar tanto o vínculo dos candidatos com sua agremiação quanto a vontade popular, que veria os mais votados tornarem-se de fato seus representantes das Casas Legislativas.

Embora sobre esse ponto a comissão não tivesse deliberado, havendo respeitáveis opiniões contrárias, como a de Nelson Jobim, decidimos, à época, que a matéria deveria ser mais debatida.

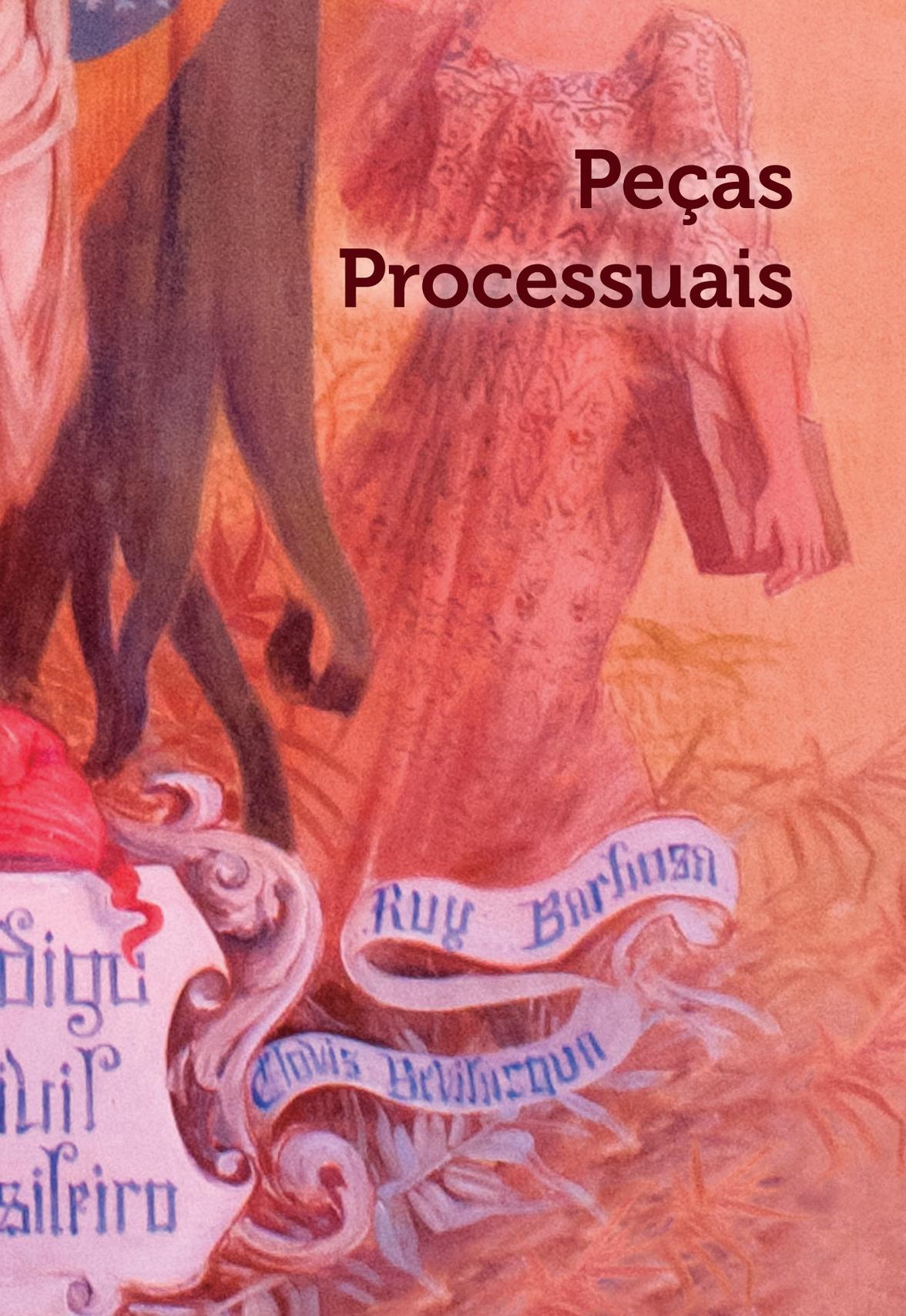
Agora que o tema volta à discussão – e já não mais presido aquela comissão –, entendo, como um velho professor aposentado de direito constitucional, que a solução proposta seria a ideal para o país.

De resto, o distritão – termo que, por sinal, não me agrada – serviria para, naturalmente, criar uma cláusula de barreira, com a eliminação gradativa de “legendas comerciais” para concessão, mediante espúrios acordos, de benesses variadas.

Que a vontade popular seja respeitada, merecendo representá-la sempre o mais votado, seja nos cargos majoritários, seja nos proporcionais, com fiel e real vinculação a seu partido.



Detalhe da imagem da capa

A painting depicting a woman in a red, patterned dress and a man in a dark suit. The woman is holding a small object in her hand. The background is a warm, orange-red color. In the foreground, there are decorative ribbons with text. One ribbon on the left contains the text 'Digu', 'uil', and 'sifeiro'. Another ribbon in the center contains the text 'Ruy Barbosa'. A third ribbon below it contains the text 'Elois Bevilacqua'.

Peças Processuais

Digu
uil
sifeiro

Ruy Barbosa

Elois Bevilacqua

Pareceres

• • •

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. Sentença que julga procedente as contas prestadas por curadora. Falecimento da curatelada e falta de intimação dos herdeiros necessários. Dolo processual. Parecer de procedência do pedido de rescisão.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0039281-02.2016.8.19.0000

Autor: Espólio de Sonimar de Andrade Cardozo de Mello, representado por seu inventariante Fábio de Andrade Mizrahy Estrella

Ré: Sonia Maria de Andrade Mizrahy

Relator: Desembargador Dr. Edson Vasconcelos

EMENTA

Ação Rescisória fulcrada no artigo 966, inciso III, primeira parte, do Código de Processo Civil. Sentença que julga procedente as contas prestadas por curadora, referente aos gastos efetuados durante o tempo de interdição da filha. Falecimento da curatelada antes da prolação da decisão proferida na ação de prestação de contas. *Dolo processual* consistente na afirmativa da curadora, quando instada a se manifestar, quanto à inexistência de interessados na decisão da prestação de contas, *in casu*, dois herdeiros necessários, filhos da curatelada. Com a morte da interdita e conseqüente cessação da interdição, fato que se deu antes da sentença rescindenda, necessária a intimação dos herdeiros (artigo 1784 do Código Civil), mesmo inexistindo, ainda, a figura jurídica do Espólio. A falha dessa informação, ou seja, a assertiva de inexistência de interessados induziu o Juízo a erro e impediu a apreciação, por parte dos herdeiros, dos cálculos apresentados pela parte ré desta ação rescisória. Mesmo que a quantia apurada – R\$949.213,58 (novecentos e quarenta e nove mil, duzentos e treze reais e cinquenta e oito centavos) – esteja correta, a participação dos interessados se fazia necessária já que o *quantum*

apurado tem repercussão direta no inventário de bens da *de cujus*. Relevância do brocardo *res judicata pro veritate habetur*, aplicável, também, em sede de jurisdição voluntária. Parecer no sentido da *procedência do pedido, rescindindo-se a sentença*.

PARECER

Excelentíssimo Desembargador Relator, Egrégia Câmara:

Trata-se de AÇÃO RESCISÓRIA, fulcrada, segundo a inicial, no artigo 966, inciso III, e outros do novo Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de sentença prolatada pelo r. Juízo de Direito da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital, sob o argumento de que “a parte vencedora utilizou-se de *DOLO* para conseguir o resultado obtido” (*verbis*, grifo no original). Como bem sintetizado pela douta Relatoria, no r. despacho de fl. 26, “a presente ação tem por escopo a desconstituição da coisa julgada na ação de prestação de contas ajuizada por Sônia Maria de Andrade Mizrahy, curadora de Sonimar de Andrade Cardozo de Mello (processo nº 0406426-04.2013.8.19.0001)” (*litteris*).

Na resposta, constante de fls. 39/48, a Ré, Advogada em causa própria, assevera que:

A Requerida, por sua vez, comprova que antes de ser citada para contestar a presente Ação, já havia peticionado em 14 de setembro deste ano, perante a 4ª Vara de Órfãos e Sucessões, sobre a falta de prestação de contas dos Requerentes, que há cerca de dois nunca juntaram Contratos de Locação, nem qualquer comprovante inerente aos imóveis, tais como: condomínio, IPTU, Taxa de Incêndio, Taxa de Ocupação, Cotas Extras, entre outros, tendo o MM. Juízo intimado o Inventariante a se pronunciar diante da petição da Requerida (conforme documento em anexo) (*verbis*).

Em réplica, o Dr. Advogado do Espólio, ora requerente, enfatiza que “a ré MENTIU AO JUÍZO, com o indisfarçável objetivo de se locupletar-se do patrimônio da Curatelada, em prejuízo dos herdeiros, e tal mentira acabou por *induzir do Douro Magistrado prolator da sentença, a erro*” (*sic*, grifos no original). E juntou ao feito os documentos de fls. 117 *usque* 139.

No r. despacho de fl. 152, a douta Relatoria determinou que as partes especificassem “as provas que pretendem produzir, na forma do artigo 972 do Código de Processo Civil em vigor” (*verbis*). E, se nada fosse requerido, que apresentassem as alegações finais “conforme disposto no artigo 973 da Lei Processual” (*verbis*).

Conforme já salientado em promoção anterior, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça deixa clara a necessidade de uma análise consistente e detalhada dos argumentos apresentados pelas partes para uma eventual ruptura da *res judicata*.

As alegações finais foram apresentadas pelas partes litigantes e se acham acostadas às fls. 153/166 e às fls. 171/178. Juntada de documentos da ação de prestação

de contas, cuja sentença se pretende rescindir, às fls. 179/196. Finalmente, petição da parte autora, às fls. 197/199 destacando-se a afirmação feita pelo Dr. Advogado das partes autoras, no sentido de que “os Autores somente tiveram conhecimento da ação de prestação de contas que aqui se pretende desconstituir a sentença, muito tempo após o trânsito em julgado desta” (*verbis*, fl. 198).

Preliminarmente, de bom alvitre situarmos a *quaestio*, ora em exame, na moldura do novo Código de Processo Civil; mais precisamente, quanto ao cabimento da “ação rescisória” em sede de procedimento de *jurisdição voluntária*, como é o caso dos presentes autos. Na verdade, a ação de prestação de contas, de onde emana a sentença que se pretende rescindir, foi proposta perante o Juízo Orfanológico sem a figura do polo passivo, enfatizando-se, assim, sua natureza jurídica de feito de jurisdição voluntária. À guisa de objetividade, posicionamo-nos no sentido de que o novo CPC admite, sim, a propositura da rescisória mesmo em relação às decisões advindas de procedimento de jurisdição voluntária. Para tanto, trazemos à colação trecho do artigo “A jurisdição voluntária continua firme, forte e vitaminada no novo Código de Processo Civil”, de lavra do ilustre Professor Elpídio Donizetti, publicado no sítio do IED – Instituto Elpídio Donizetti:

Reforçando a tese de que a jurisdição voluntária tem natureza de função jurisdicional, Leonardo Greco esclarece que ela não se resume a solucionar litígios, mas também a tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, desde que tal tarefa seja exercida por órgãos investidos das garantias necessárias para exercer referida tutela com impessoalidade e independência. [3] Nesse ponto, com razão o eminente jurista. É que a função jurisdicional é, por definição, a função de dizer o direito por terceiro imparcial, o que abrange a tutela de interesses particulares sem qualquer carga de litigiosidade.

Em suma, para a corrente jurisdicionalista, a jurisdição voluntária reveste-se de feição jurisdicional, pois: (a) a existência de lide não é fator determinante da sua natureza; (b) existem partes, no sentido processual do termo; (c) o Estado age como terceiro imparcial; (d) há coisa julgada.

O novo CPC trilhou o caminho da corrente jurisdicionalista e vitaminou (bombou!) os procedimentos de jurisdição voluntária com a imutabilidade da coisa julgada. A não repetição do texto do art. 1.111 do CPC/73 é proposital. A sentença não poderá ser modificada, o que, obviamente, não impede a propositura de nova demanda, com base em outro fundamento. A corrente administrativista está morta e com cal virgem foi sepultada. Também a jurisdição voluntária é jurisdição – tal como a penicilina, grande descoberta! – com aptidão para formar coisa julgada material e, portanto, passível de ação rescisória (*verbis*).

Exaramos promoção, deferida pela douda Relatoria, nos seguintes termos:

Compulsando os autos da *prestação de contas* (processo número 0406426-04.2013.8.19.0001), destacamos, nas linhas que seguem, pontos que consideramos nodais para a dirimência deste conflito, e que devem ser *devidamente esclarecidos* pela parte Ré, Dra. Sônia Mizrahy:

1º No dia 24 de outubro de 2014, a Promotoria de Justiça requereu ao Juízo que o Cartório certificasse “quanto à manifestação de todos os interessados sobre o cálculo de fl. 71” (*verbis*, fl. 89).

2º Consta de fl. 97, petição firmada pela Dra. Advogada Sônia Mizrahy, datada de 13 de janeiro de 2015, requerendo a juntada da certidão de óbito de Sonimar Andrade Cardozo de Mello (ocorrido em 15 de setembro de 2014, *cf.* fl. 98) e esclarecendo:

Informa ainda a V. Exa. e ao ilustre membro do Ministério Público que *não existe qualquer outro interessado nas contas prestadas advindas de todo gasto e manutenção dos bens e da própria Curatelada e seus filhos, vez que nunca auferiram ganhos e sempre foram dependentes da Requerente, no que resultou em crédito para a mesma.*

Lembrando que inclusive já foi deferido, com anuência do Ministério Público e expedido alvará para a venda dos imóveis a fim de saldar tais créditos, no entanto, com a morte da Curatelada fez-se necessário reverter tal procedimento para a obtenção de carta de crédito no intuito de habilitação no Inventário (*verbis*, grifamos).

3º Promoção ministerial, à fl. 99, opinando no sentido “de que sejam as contas julgadas boas e bem prestadas” (*litteri*).

4º Sentença (*que se pretende rescindir*), de lavra do MM. Juiz Carlos Augusto Borges, julgando procedente o pedido, “para declarar prestadas e boas as contas, no período nelas indicado” (*verbis*, fl. 100).

5º Petição de lavra da Dra. Sônia Mizrahy, datada de 30 de março de 2015, requerendo ao Juízo “a reconsideração do despacho retro para a expedição de Certidão de Inteiro Teor, a fim de que possa instruir sua Habilitação de Crédito junto à 4ª VOS em tempo hábil. Se possível que conste da referida Certidão o valor do crédito, já homologado por V. Exa. ,também informando que se encontra atualizado até setembro de 2014, tal e qual se apresenta nas fl. 69” (*verbis*, fl. 105).

6º Finalmente, petição da neta da Sra. Sonia Maria de Andrade Mizhary e filha legítima de Sonimar de Andrade Cardozo de Mello (segundo parágrafo da petição), sustentando, em síntese, que “nestes presentes autos a Sra. Sonia Maria de Andrade Mizrahs e confunde nas figuras de advogada, credora e devedora, que a decisão que aprovou as contas, aparentemente ocorreu após o falecimento da Interditada e que nenhum de seus herdeiros foram chamados aos autos ou mesmo informados de sua existência, somente tomando conhecimento desta prestação de contas e do débito existente para com a interditada após ser por esta juntada aos autos de inventário” (*ipsis litteris*, fls. 107/108). Requer, ao final, através de seu patrono, “conceder a peticionante livre acesso aos autos, através de seus advogados, a fim de averiguar a totalidade do teor do ali disposto” (*verbis*).

Pedimos, ao final, que a defesa da parte ré, se manifestasse, *não somente sobre o aditamento da parte autora às alegações finais, como também sobre os pontos elencados acima por este órgão ministerial.*

A nosso juízo, constata-se dos esclarecimentos prestados pela Dra. Sônia Mizhary, nos excertos de sua petição, abaixo transcritos, que o DOLO, capaz de servir de supedâneo a uma ação rescisória, restou configurado, *in casu*. Respondendo às indagações formuladas por esta Procuradoria de Justiça, a Dra. Advogada disse o seguinte:

DOS ESCLARECIMENTOS REQUERIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Item 1 – No dia 24 de outubro de 2014, a Promotoria de Justiça requereu ao Juízo que o Cartório certificasse “quanto à manifestação de todos os interessados sobre o cálculo de fl. 71” (*verbis*, fl. 89 do Anexo 1).

Tal promoção deu-se de forma genérica, pois a única interessada era a própria Credora, para que o cartório certificasse se esta havia concordado ou não com os cálculos apresentados pela contadoria judicial.

Cabe esclarecer que em 24/10/2014 não havia sequer inventário aberto, e os filhos da interditada, falecida, sempre foram tutelados e dependentes da Requerida, já que a interditada nunca auferiu ganhos.

Item 2 – *Consta de fl. 97 do Anexo 1, petição firmada pela Dra. Advogada Sônia Mizrahay, datada de 13 de janeiro de 2015, requerendo a juntada da certidão de óbito de Sonimar Andrade Cardozo de Mello (ocorrido em 15 de setembro de 2014, cf. fl. 98 do Anexo 1) e esclarecendo: “Informa*

ainda a V. Exa. e ao ilustre membro do Ministério Público que não existe qualquer outro interessado nas contas prestadas advindas de todo gasto e manutenção dos bens e da própria Curatelada e seus filhos, vez que nunca auferiram ganhos e sempre foram dependentes da Requerente, no que resultou em crédito para a mesma. Lembrando que inclusive já foi deferido, com anuência do Ministério Público e expedido alvará para a venda dos imóveis a fim de saldar tais créditos, no entanto, com a morte da Curatelada fez-se necessário reverter tal procedimento para a obtenção de carta de crédito no intuito de habilitação no Inventário" (verbis, grifamos).

Conforme consta nas fls. 73 e 74 da Ação de Prestação de Contas, datadas de 09/10/2014 o patrono à época renunciou seus poderes de representação.

Na mesma petição informou ao juízo o óbito da interditada, que ocorrera em 15/09/2014, porém, não juntou aos autos sua Certidão de Óbito.

Mais à frente o MM. juiz requereu que fosse regularizada a representação da Dra. Sônia naqueles autos, o que foi feito e posteriormente assim que deferida pelo juízo juntou aos processo a Certidão de Óbito.

Até aquela data não havia qualquer interessado, ou seja, não existia outro credor, apenas a Requerida, pois, conforme já explicado na mesma petição, os requerentes sempre foram dependentes da requerida, já que a Interditada nunca auferiu ganhos.

Inclusive, na própria Ação de Prestação de Contas, os nomes dos Autores estão sempre presentes, seja nas petições da Requerida, como também na própria Ata de Audiência. No próprio trecho recortado pelo próprio Ministério Público no item 2 de fl. 209, os Autores são mencionados "... própria Curatelada e seus filhos..." são os ora Autores. Os Autores não figuraram como parte naqueles Autos porque *não tinham legitimidade*. A SONIMAR ESTAVA VIVA.

Item 3 – Promoção ministerial, à fl. 99 do Anexo 1, opinando no sentido "de que sejam as contas julgadas boas e bem prestadas" (*litteris*).

A Prestação de Contas foi requerida pelo Ministério Público, naquela Ação todos os requerimentos foram devidamente cumpridos pela Dra. Sônia, planilha de débito, recibos etc. Restou comprovado para o ilustre membro do Ministério Público e posteriormente para aquele juízo que foi curadora por mais de 20 (vinte) anos de sua filha, sendo que a Interditada nunca possuiu bens ou renda, que a curadora sempre cuidou da interditada com seus próprios recursos financeiros, inclusive sendo obrigada a vender seus imóveis ao longo dos anos para tal feito.

Além disso, também criou e sustentou os herdeiros, ora Autores até maioridade, e ainda conseguiu haver patrimônio em nome da Interditada (através de Ações Judiciais que acabaram, por Adjudicação, com recursos próprios da Requerida).

Desta forma, comprovado que a Dra. Sônia utilizou exclusivamente seus próprios recursos financeiros, tendo pago inclusive todas as contas, encargos e manutenção além dos cuidados com a própria Interditada, restou ao Ministério Público haver como boas as contas prestadas.

Item 4 – Sentença (que se pretende rescindir), de lavra do MM. Juiz Carlos Augusto Borges, julgando procedente o pedido, “para declarar prestadas e boas as contas, no período nelas indicado” (*verbis*, fl. 100 do Anexo 1).

Primeiramente em audiência realizada com presença do Ministério Público que realizou oitiva da Interditada, seu médico e da própria Dra. Sônia ficou claro que esta última possuía créditos a receber, tanto que o M.P. opinou favoravelmente e o MM Juízo autorizou a venda dos imóveis para cobrir os créditos, cujos valores da venda seriam depositados em juízo até a apuração real do crédito (*verbis*).

Por outro lado, o Dr. Marcos César Ribeiro Dias, na sua manifestação de fls. 244/251, reitera, em síntese, o seu entendimento quanto à *consequência* do DOLO perpetrado pela Dra. Advogada, ora ré, na presente rescisória:

Em seu *esclarecimento* a ré insiste em alegar que era a única interessada, e que então peticionou daquela forma para que o cartório certificasse o requerido, mais uma vez frise-se, não há controvérsia de que a data que o Ministério Público fez o requerimento, foi anterior à abertura do inventário, mas também não existe dúvida, que foi em data posterior à morte da curatelada *Sonimar de Andrade Cardozo de Mello*, e desta feita conforme elencado no artigo 1.784 do Código Civil, sem nenhuma dúvida posterior à transferência para seus herdeiros, de todo o seu patrimônio, ademais no momento que a ré peticionou informando inexistir outros interessados, o inventário já havia sido distribuído e era de total conhecimento da ré, portanto no entendimento dos autores, esta inverídica declaração induziu sim o Juízo a erro (*verbis*).

A pergunta que se impõe é a seguinte: *qual o erro cometido pelo Juízo na ação de prestação de contas?* Segundo o Dr. Advogado, “a declaração mentirosa da ré, de que inexistia outros interessados, levou o Juízo prolator da sentença, a erro” (*sic*, fl. 251).

Aliás, o artigo 966, no seu inciso III, deixa claro que a decisão poderá ser rescindida se “*resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida*” (grifamos). Mesmo em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, a *parte vencida, in casu*, seriam, desde a morte, os dois herdeiros necessários e, posteriormente, o Espólio.

O erro, que teria sido cometido pelo magistrado, com a anuência do órgão ministerial – *em detrimento da parte vencida* – seria a falta de intimação dos *herdeiros necessários* para que se manifestassem no feito. E mais: quando a sentença de fl. 100 do apenso (*ação de prestação de contas*), datada de 10 de março de 2015, foi prolatada, já não mais existia a *curatela*; a curatelada Sonimar Andrade Cardozo de Mello faleceu em 15 de setembro de 2014. Ademais, o montante apurado no cálculo de prestação de contas (feito em apenso, fl. 69) alcança o valor atualizado de R\$949.213,58 (novecentos e quarenta e nove mil, duzentos e treze reais e cinquenta e oito centavos), até a data de 25 de setembro de 2014. E, de acordo, com a Contadoria Judicial, “*estão aritmeticamente corretos*” (*verbis*, fl. 71 do apenso). Obviamente, a referida quantia repercutirá significativamente no processo de inventário e poderá ser reavaliada no bojo da *habilitação de crédito, caso o decisum proferido na ação de prestação de contas seja desconstituído*.

Sustenta, outrossim, o patrono da parte autora que:

A ré afirma que foram cumpridas as exigências legais, quando na verdade a prestação de contas está eivada de vícios, pois basta compulsar os autos em anexo (anexo I) para certificar-se que está não cumpriu o determinado pelos artigos 917 e seguintes do Código de Processo Civil vigente à época, não se encontra planilha especificando os documentos justificativos das receitas, das despesas, tais como: notas fiscais, quando o favorecido for pessoa jurídica, e recibos com indicação clara e precisa da qualificação civil (nome e endereço completo com identificação do CPF, telefone, RG e endereço), quando o favorecido for pessoa física, e mais se *enxerga nos autos a ausência de muitos dos documentos justificativos das despesas lançadas na planilha*; o que por si só já seria motivo para o indeferimento da pretendida aprovação das contas (*sic*, fl. 248, grifo no original).

Fato é que, com o falecimento da curatelada, entrou em cena o disposto no artigo 1784 do Código Civil e a sua herança se transmitiu, desde logo, aos seus dois herdeiros maiores, *interessados, sim*, na prestação de contas referente à curatela de sua falecida mãe.

A propósito do tema, ementa ilustrativa de V. Acórdão de nosso E. TJRJ, onde se pode constatar, por analogia, que a omissão de fato relevante, com a potencialidade de alterar o resultado de um feito, caracteriza o *dolo processual* capaz de ensejar a rescisão do *decisum*.

0000729-07.2012.8.19.0000 – AÇÃO RESCISÓRIA – Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO – Julgamento: 11/03/2014 – DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL AJUIZADA PELA RÉ. OMISSÃO DESTA EM RELAÇÃO À DEMANDA AJUIZADA ANTERIORMENTE PELA AUTORA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FATO QUE INFLUENCIARIA O RESULTADO DA LIDE. DOLO DA PARTE VENCEDORA. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 485, III DO CPC. UNIÃO ESTÁVEL. PROVAS TESTEMUNHAIS NO SENTIDO DE QUE O AUTOR DA PENSÃO CONVIVIA COM A AUTORA NA ÉPOCA DE SEU FALECIMENTO. RECONHECIMENTO DA CONVIVÊNCIA COM A RÉ. IMPOSSIBILIDADE. Cabe ação rescisória quando a parte vencedora age com dolo processual, omitindo do magistrado fato relevante que pode alterar o resultado do julgamento. Restou comprovado nos autos que a ré, quando ajuizou a ação de reconhecimento de união estável, não informou ao juízo a existência de outra ação, da mesma natureza, ajuizada anteriormente pela autora da presente ação rescisória. Presentes os requisitos do inciso III do art. 485 do CPC, rescinde-se sentença para se promover novo julgamento. Pela prova testemunhal colhida nos autos, não restam dúvidas que a autora conviveu com o Sr. Braz entre 2006 até o falecimento do mesmo. Assim, não há como se reconhecer a existência de união estável do mesmo com a ré no citado período. Precedentes do TJERJ. Sentença rescindida. Improcedência do pedido de reconhecimento de união estável formulado pela ré na ação ajuizada na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana de nº 0000449-45.2008.8.19.0010.

Do exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido da PROCEDÊNCIA do pedido formulado na presente ação, rescindindo-se a sentença exarada nos autos da ação de prestação de contas.

Rio de Janeiro, 21 de abril de 2017.

ADOLFO BORGES FILHO

Procurador de Justiça

CONAMP. Consulta formulada. Possibilidade de os membros do Ministério Público inativos participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP)

I

1. Consulta-nos a Exma. Sra. Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sobre a possibilidade de os membros do Ministério Público inativos participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Poder Executivo. O voto seria facultativo e demandaria alteração da lei orgânica do respectivo Ministério Público.

2. A solicitação vem acompanhada (a) de solicitação de análise encaminhada à CONAMP pelo Exmo. Sr. Presidente da Associação Espírito-Santense do Ministério Público (AESMP); (b) requerimento, endereçado ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo, postulando a submissão, ao respectivo Colégio de Procuradores de Justiça, de anteprojeto de lei complementar visando a autorizar o voto facultativo dos inativos; e (c) parecer favorável do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, exarado em 25 de maio de 2010, admitindo a possibilidade de a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo ser alterada para prever a possibilidade de voto facultativo dos inativos.

3. Os argumentos favoráveis à possibilidade de voto dos inativos, na formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça, possuem dois alicerces fundamentais: (1º) não há vedação, quer na Constituição da República, quer na Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados), à possibilidade de a lei orgânica estadual autorizar o voto facultativo dos inativos; e (2º) o Procurador-Geral de Justiça profere decisões que interferem diretamente na esfera jurídica dos inativos.

II

4. O presente parecer é exarado no exercício de uma atividade associativa, no âmbito interno da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o que, não obstante sua natureza consultiva, em nada se confunde com o exercício da advocacia, vedada, aliás, aos membros do Ministério Público. Acresça-se que a matéria versada possui relevância direta para os associados da CONAMP, já que o voto facultativo dos inativos, na eleição para a formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça, é potencialmente benéfica a todos, o que justifica a assunção, pela associação de classe, de uma posição a respeito do assunto.

5. As considerações que teceremos a seguir refletem o entendimento que temos tido a respeito da temática nas duas últimas décadas, com especial destaque para as ideias alinhavadas na obra "*Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*", 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, que utilizaremos, em suas linhas gerais, como fio condutor. Em nossa exposição, procuraremos responder a duas perguntas fundamentais: (1ª) qual é a relação dos inativos com o Ministério Público? (2ª) É possível que a legislação infraconstitucional disponha sobre a participação dos inativos na formação da lista triplíce destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça?

II. I

6. Não são necessárias maiores reflexões de ordem teórica para constatar que a Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe sobre a inserção dos servidores inativos na estrutura orgânica ou no processo de gestão das instituições com as quais mantinham um vínculo de natureza funcional antes de passarem para a inatividade. A justificativa, mais que singela, é importante frisar, decorre do fato de não mais manterem uma relação jurídica com essas instituições.

7. Esse quadro tornou-se ainda mais patente com a inserção, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, do §20 no art. 40 da Constituição de 1988, preceito que tem a seguinte redação: "*fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, §3º, X*". Até então, não era incomum que o pagamento dos proventos dos inativos fosse realizado pela própria instituição de origem, inclusive com a existência de uma unidade gestora própria. Com a vedação de que coexistam, no mesmo sistema, unidades gestoras diversas, a solução tem sido a criação de autarquias, vinculadas ao Poder Executivo, com a incumbência de gerir o regime de previdência do funcionalismo público do respectivo nível federativo.

8. Especificamente em relação ao processo de escolha do Procurador-Geral de Justiça, o art.128, §3º, da Constituição da República e o art. 9º, *caput*, da Lei nº 8.625/1993 dispõem que a lista triplíce que será submetida à apreciação do Governador do Estado deve ser formada por integrantes da carreira. Carreira, consoante a doutrina especializada, indica o conjunto de classes – as quais congregam vários cargos – que é organizado de modo a permitir a progressão funcional, consoante os critérios previstos em lei: mérito ou antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional. Os membros do Ministério Público ocupam cargos de carreira: Promotor de Justiça Substituto, Promotor de Justiça Titular e Procurador de Justiça – esse é o escalonamento em múltiplos Estados. Em outros, há subdivisões de entrância.

9. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados. Com isso, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo

órgão do inativo após concurso de remoção ou promoção. A Lei Orgânica Nacional, aliás, não deixa margem a dúvidas quanto ao acerto dessa conclusão: a) o membro do Ministério Público poderá se aposentar, facultativamente, “após cinco anos de efetivo exercício na carreira” (art. 54); e b) o Capítulo IX, intitulado “Da Carreira”, trata do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento. É o que dispõe o art. 68 da Lei nº 8.625/1993. Assim, os inativos não poderão integrar a lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral, isso pela singela razão de não integrarem a carreira.

10. Como não integram a carreira e, por via reflexa, o Ministério Público de origem, a ordem constitucional nada dispõem a respeito da possibilidade de participarem da respectiva votação. Esse silêncio, aliás, *prima facie*, parece assumir feições de verdadeiro silêncio eloquente, não de inadvertida omissão. Assim ocorre justamente pelo fato de os inativos não mais integrarem a instituição de origem, daí a impossibilidade de serem contemplados no processo democrático interno.

11. Com o objetivo de conferir maior representatividade aos integrantes da lista tríplice, estatui o art. 9º, §1º, da Lei nº 8.625/1993 que todos os integrantes da carreira têm capacidade eleitoral ativa. Assim, será dissonante da Lei Orgânica Nacional qualquer dispositivo de lei estadual que restrinja o poder de escolha, *v. g.*, ao Colégio de Procuradores, aos Procuradores de Justiça ou mesmo aos Promotores vitaliciados, excluindo os não vitaliciados. A escolha se dará por meio de voto plurinominal, o que autoriza que um único membro do Ministério Público vote em até três candidatos, número limite por se tratar de lista tríplice.

12. Pelos mesmos motivos já expostos, não poderão os inativos participar da eleição, já que não são considerados integrantes da carreira. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados, o que permite que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar tal cargo após regular concurso de promoção. Como se percebe, a Lei Orgânica Nacional, longe de silenciar, dispôs expressamente que somente os integrantes da carreira possuem capacidade eleitoral ativa para participar da eleição interna.

II. II

13. Os inativos, como vimos, não possuem vínculo com a instituição de origem, não integrando, portanto, a respectiva carreira. Apesar do silêncio (entenda-se: eloquente) da ordem constitucional a respeito da possibilidade de participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça, a Lei nº 8.628/1993, em seu art. 9º, §1º, somente atribui a capacidade eleitoral ativa aos integrantes da carreira. Apesar disso, é possível

que a legislação infraconstitucional venha a permitir que votem, em caráter facultativo, na eleição? A resposta a esse questionamento passa necessariamente pelo conceito de cidadania e pelo seu potencial expansivo.

14. Em seus contornos mais basilares e com abstração dos circunstancialismos de ordem local e temporal que necessariamente influem no delineamento do seu conteúdo, a cidadania pode ser vista como um *status*, que qualifica a relação da pessoa humana com o poder dominante. Essa impressão inicial é corroborada por sua própria etimologia, já que cidadania deriva do latim *civitas*, que significa cidade, signo que caracterizava o Estado antigo, claro indicativo de que o indivíduo assume certa posição *na* ou *perante a* cidade. A evolução da humanidade bem demonstra que o conteúdo da cidadania sempre oscilará em torno dessa relação, podendo refletir o conceito de nacionalidade (*Staatsangehörigkeit* – “pertencente ao Estado” – Maurer¹; e Zippelius e Würtenberger²), o direito de participação política, a demarcação de uma esfera jurídica imune à intervenção estatal, papel este desempenhado pelas liberdades clássicas ou, mesmo, o direito a prestações materiais.

15. A cidadania, em verdade, pode ser visualizada tanto no plano jurídico, como no sociológico. No primeiro, assume os contornos traçados pela ordem jurídica, em especial pela Constituição, indicando os direitos e os deveres que alcançam o indivíduo enquanto célula da sociedade e destinatário do poder estatal. No segundo, por sua vez, atua como fator de aglutinação de referenciais éticos, ecológicos e democráticos; o *status* de cidadão é atribuído àqueles que estão efetivamente inseridos no contexto social, observando certos padrões comportamentais, de natureza normativa ou não, e tendo reconhecidos certos direitos que se mostram essenciais à própria espécie humana. Sob essa última ótica, não é incomum afirmar-se que vândalos e indigentes, os primeiros por afrontarem a ordem jurídica, os segundos por não serem realmente amparados por ela, são não cidadãos.

16. Remonta à Grécia antiga a concepção de cidadania enquanto direito assegurado ao cidadão (*politikos*) de participar ativamente de qualquer reunião (*ekklesia*) realizada em praça pública (*ágora*), visando à tomada de decisões de interesse da cidade (*pólis*). Nesse contexto, a cidadania assume caráter instrumental em relação à democracia (democracia “seletiva”, convém lembrar, já que excluía a participação de mulheres, escravos e outros não cidadãos). No direito romano, a exemplo do grego, a cidadania, durante a República, era reconhecida desde o nascimento, com a só condição de que o pai fosse romano, ainda que a mãe não fosse cidadã (Gaius 1, 78,80). Nesse período, somente a cidadania, que apresentava contornos semelhantes àqueles atribuídos, nos dias atuais, à nacionalidade, permitia que o indivíduo possuísse direitos civis e político³. Mesmo na atualidade, são múltiplas as construções que apreçoam a inconsistência do entendimento que atribui contornos meramente

¹ *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane und Staatsfunktionen*, 5ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 3.

² *Deutsches Staatsrecht*, 32ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 33.

³ Cf. GAUDEMET, Jean, *Institutions de L'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 362.

passivos à cidadania. Dennis T. Thompson,⁴ por exemplo, afirma que “*cidadania não é significado que apenas sugere aqueles direitos ostentados por um sujeito passivo pelo simples fato de residir sob uma particular jurisdição territorial. Nem o seu significado principal é o de denotar patriotismo ou lealdade a um Estado-Nação*”. Conclui, ao final, que cidadania “*se refere à capacidade presente e futura de influenciar políticas*”.

17. A Constituição de 1988 visualiza a cidadania, essencialmente, como o direito de interagir com o poder, manifestando-se tanto na participação no processo político, indicando o direito de votar e de ser votado, como na própria legitimidade para impugnar certos atos praticados pelo Poder Público, o que se dá com o manejo da ação popular, de uso restrito aos cidadãos (art. 5º, LXXIII). Como pressuposto da cidadania, exige-se a nacionalidade brasileira, que pode ser nata ou decorrer de naturalização. A amplitude da cidadania, aliás, é diretamente influenciada pela forma de aquisição dessa nacionalidade, isso porque aos estrangeiros naturalizados brasileiros é vedado o acesso a certos cargos, como o de Presidente da República (art. 12, §3º, I). Para a maior parte da população, o ato de tornar-se cidadão não é propriamente um direito, mas um dever. Explica-se: é cidadão aquele que possui direitos políticos, e estes surgem com o alistamento eleitoral, que é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, §1º, I e II), sendo vedado para os estrangeiros e os conscritos durante o serviço militar obrigatório (art. 14, §2º). Assumido o *status* de cidadão, o indivíduo encontra-se obrigado a votar, isso com exceção das hipóteses em que o alistamento eleitoral seja facultativo (art. 14, §1º, II), e a cumprir as demais obrigações estabelecidas na legislação infraconstitucional. Consta-se, assim, que a cidadania reflete o conjunto de direitos e deveres associados ao preenchimento e ao controle das estruturas estatais de poder.

18. Diversos Estados da antiguidade, com especial realce para a civilização helênica, somente concebiam o ser humano, como titular de direitos, enquanto integrante da *polis*. Portanto, excluídos estavam os gentios, concepção também adotada pelos romanos e que, em certa medida, serviu de alicerce a diversas concepções liberais, que não reconheciam os direitos políticos de certos indivíduos, admitindo, até mesmo, a sua redução à condição de escravos. A visão do ser humano com individualidade e essência, independentemente de sua pertença a uma dada comunidade política, é certamente tributária do pensamento cristão. Como afirmou o Apóstolo Paulo, perante Cristo, “*não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*” (Gálatas, 3, 28). Com o evoluir da humanidade, passou-se a reconhecer que liberdades fundamentais ou direitos prestacionais não pressupõem, em todos os casos, a condição de cidadão: nesse particular, a ordem constitucional brasileira gravita em torno do referencial de pessoa humana (art. 1º, III).

⁴ *The Democratic Citizen*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 1-5.

19. Voltando ao objeto de nossas reflexões, é possível afirmar que o Ministério Público, a exemplo do Poder Judiciário, consubstancia uma estrutura estatal de poder que existe e opera no âmbito de um Estado Democrático de Direito, como sói ser a República Federativa do Brasil. Portanto, não seria sistemicamente incorreto que a ordem constitucional ou infraconstitucional estabelecesse mecanismos de participação popular na gestão dessas estruturas, o que poderia ser visto como legítimo exercício da cidadania, um dos fundamentos existenciais do Estado brasileiro.

20. Se a participação popular no processo de formação do poder estatal, qualquer que seja a natureza das funções desempenhadas, é algo plenamente justificável, o mesmo não pode ser dito, sob o prisma da igualdade, em relação à possibilidade dessa participação ser franqueada apenas a segmentos específicos do ambiente sociopolítico. Fortes nessa premissa, podemos afirmar que não seria constitucionalmente jurígeno restringir a participação aos inativos, pois, ao passarem para a inatividade, estão, sob o prisma das relações que mantêm com as instituições de origem, em situação jurídica idêntica à dos demais cidadãos.

21. Caso se decida pela participação popular no processo de formação e desenvolvimento do poder no âmbito das estruturas estatais, é preciso seja respeitada a iniciativa legislativa privativa da União para legislar sobre cidadania, nos termos do art. 22, XIII, da Constituição de 1988.

III

22. Ainda que o relevante papel desempenhado pelos inativos na construção do Ministério Público que hoje conhecemos seja merecedor do efusivo respeito de todos, não há como admitir-se a edição de comando normativo estadual que assegure o seu direito de voto na eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

23. É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

Peças



Processo Judicial. Promotoria de Justiça Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral ajuizada pelo Ministério Público, em face de candidato, pela prática de abuso de poder político e econômico, com o objetivo de lograr reeleição para o cargo de vereador.

EXMA. SRA. DRA. JUÍZA ELEITORAL DA 55ª ZONA ELEITORAL – MARICÁ

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL Nº 488-88.2016.6.19.0055

MM. JUÍZA,

Trata-se de ação de investigação judicial eleitoral, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, em face do candidato FRANK FRANCISCO FONSECA DA COSTA, pela prática de abuso de poder político e econômico, com o objetivo de lograr reeleição para o cargo de vereador ao qual se candidatou nas eleições de 2016.

1. RELATÓRIO

Cuida-se de ação judicial eleitoral baseada em denúncia de que o vereador municipal de Maricá, Frank Costa, teria utilizado o *Projeto Viver Bem*, desenvolvido pela Prefeitura Municipal de Maricá, para realizar promoção pessoal e propaganda eleitoral de sua candidatura ao pleito realizado no dia 2 de outubro.

Não ignora esta promotoria a necessidade do desenvolvimento de ações sociais, considerando a triste realidade vivenciada em todo o país. Todavia, tais ações, sobremaneira as desenvolvidas com dinheiro público, não podem servir de plataforma e ambiente permanente para a realização de propaganda eleitoral e promoção de candidatos, sob pena de se chancelar flagrante afronta à isonomia apta a macular a legitimidade do pleito, o que motivou a propositura da AIJE em epígrafe.

Na peça publicitária eleitoral (fl. 79), durante a campanha, o Representado afirma que a ideia de criar o projeto municipal foi sua, com o claro objetivo de associar sua imagem a um projeto financiado com recursos públicos, sem informar em qualquer momento que se trata de um programa do Município.

Inicial às fls. 02/09, acompanhada de diversos documentos.

Defesa do representado às fls. 89/98, onde argui, em síntese: (i) que não houve abuso de poder político e econômico; (ii) que o candidato apenas se coloca como idealizador do projeto, e não como seu responsável; (iii) que o comparecimento do

mesmo no projeto se deu apenas em eventos oficiais e há muito tempo, não tendo visitado suas dependências no ano de 2016; (iv) que todas as postagens extraídas do sítio eletrônico do Projeto Viver Bem que faziam alusão ao candidato Frank Costa tiveram baixíssima visualização e que não foram veiculadas no período da campanha política.

Às fls. 102/111 e 132/138, o representado reitera a inexistência de abuso de poder econômico e abuso de poder político, sob o argumento de que as postagens efetuadas no *facebook* do *Projeto Viver Bem* não foram aptas a desequilibrar o pleito. Pondera que, inclusive, em busca e apreensão requerida pelo Ministério Público, não fora localizado material de campanha nas dependências do projeto.

Ata da audiência de instrução realizada no dia 15/12/2016, à fl. 168.

Alegações finais do representado às fls. 169/182, onde reitera a linha de argumentação até então apresentada, a fim de excluir a prática de abuso de poder político e econômico, bem como acresce que em depoimento a este MM. Juízo, o Secretário Municipal de Atividades Recreativas informa que o vereador Frank Costa não exerce qualquer atividade de gerenciamento no projeto e que este não compareceu nenhuma vez nas dependências do mesmo no ano de 2016.

Às fls. 185/269, constam as fichas cadastrais dos beneficiários do *Projeto Viver Bem*, fornecidas pela Secretaria Adjunta de Atividades Recreativas.

Quanto a esta documentação, e sobre a qual o Representado foi intimado, algumas observações merecem destaque.

A primeira é que, embora a peça eleitoral (fl. 49) afirme que “mais de 1.000 famílias são beneficiadas”, há apenas 84 (oitenta e quatro) pessoas cadastradas. Outro ponto é que, em sua quase totalidade, os beneficiados moram no bairro de São José de Imbassaí – os únicos não moradores no bairro ou que não têm o nome do bairro na ficha são três, em fls. 219, 237 e 262.

2. CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO – DO USO DO PROJETO SOCIAL *VIVER BEM* PARA FINS ELEITOREIROS

O Representado se intitula *criador* do Projeto Viver Bem, chegando a constar a informação em seu perfil biográfico, inserto na página da Câmara dos Vereadores, de que o Projeto foi criado “em parceria com a prefeitura de Maricá”.

Conforme exposto na inicial e ao longo desta demanda, tal afirmação não procede, vez que a ação social em apreço é inteiramente pública, pois se trata de programa governamental, cuja execução incumbe à Secretaria Municipal de Atividades Recreativas.

Apesar de o citado programa ser gerido pela Secretaria, o Representado, deliberadamente, busca mesclar a atividade assistencialista prestada no projeto confunde-se com sua atividade política, fundindo sua plataforma eleitoral e política com o funcionamento e expansão da ação que, por sua magnitude, traz-lhe dividendos políticos.

Compulsando o perfil do Representado no *Facebook* e o perfil do projeto na página <https://www.facebook.com/Projeto-Viver-Bem-Maric%C3%A1>, é possível verificar a presença recorrente do então candidato no projeto social.

Inclusive, na página supra do projeto social, há diversos compartilhamentos e postagens do representado FRANK COSTA, o que demonstra sua influência e estreita ligação com as ações desenvolvidas no projeto, a ponto de parecer ser este o responsável e *dono* do mesmo.

Note-se que no período eleitoral houve a exposição e uso maciço de tais imagens nas redes sociais do candidato, com o claro intuito de promover sua candidatura, chegando o mesmo a comparecer em vários eventos do projeto com nítido escopo eleitoral.

E não se diga que o comparecimento do candidato apenas se deu em eventos oficiais, onde estavam presentes todos os demais secretários, vez que nas fotos e reportagens acostadas ao processo, é possível vislumbrar tão somente a presença maciça do candidato Frank Costa.

O argumento de que o número de curtidas às postagens do candidato na rede social do projeto – por ser reduzido, revelaria o potencial de lesividade diminuto da conduta – igualmente não merece prosperar, uma vez que o número de *curtidas* não reflete a quantidade de visualizações das postagens.

O uso de estruturas, bens e políticas públicas para fins eleitorais fere a moralidade administrativa, a isonomia, impessoalidade e as normas que regem a propaganda eleitoral e a realização de campanha.

Nesse contexto, convém destacar que pouco importa, para fins de caracterização do abuso do poder político e econômico, que tal comparecimento tenha se dado antes do período de campanha, mas sim o efetivo uso da política pública para promover o candidato perante o eleitorado, o que resta claro compulsando o panfleto objeto desta lide.

Todavia, no caso em apreço, embora o representado tente fazer crer que não participava do dia a dia do projeto, é incontestável a sua presença constante nas sedes do mesmo, inclusive no ano eleitoral, contrariamente ao aduzido pelo titular da pasta que gere a ação na oitiva realizada por este juízo (fl. 168), conforme se depreende de postagem do *facebook* às fls. 73 e 74, datada de 13 de maio de 2016.

Mediante o cotejo das imagens e frases inseridas no prospecto inserido nestes autos, o interessado induz a população a crer que o projeto é uma realização sua, e não da Prefeitura de Maricá, chegando a utilizar o logotipo da ação social no prospecto, o que é vedado, por força do artigo 40 da Lei nº 9.504/1997.

Por conseguinte, utilizando-se do poder político que detém na condição de vereador municipal, o que é possível vislumbrar nas menções ao projeto no perfil bibliográfico constante no site da câmara de vereadores, este se coloca como grande realizador e benfeitor da ação social do *Projeto Viver Bem*.

Tal prática, considerando as necessidades da população, cada vez maiores diante da escassez de recursos, e o apelo popular que ostentam tais projetos, colocaram o Representado em franca vantagem quanto aos demais candidatos.

A exploração das atividades do projeto social em apreço, em materiais de campanha do representado e em suas páginas na internet, acarretou o potencial desequilíbrio da disputa eleitoral, ferindo a isonomia, mediante o uso de meio de propaganda abusiva, apelativa, vedada e, *in casu*, falaciosa, uma vez que o Projeto Viver Bem é de realização e execução da prefeitura de Maricá, e não do candidato FRANK COSTA.

Tanto é assim que o Representado foi reeleito para o cargo de vereador, o que denota a eficácia das ações de propaganda abusivas por ele perpetradas.

A jurisprudência vem coibindo rigorosamente o uso de programas sociais para promoção de candidato, reputando tal prática como conduta vedada, à luz do que dispõe o artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 e abuso do poder político e econômico a ensejar a inelegibilidade e cassação do diploma, senão vejamos:

Investigação judicial. [...] Abuso de poder político. “Hipótese em que não se verificou o uso promocional de serviços de caráter social em benefício de candidato, porque apreendido, no local de instalação das obras, o material de propaganda.” NE: “O uso promocional de bens ou serviços, tendentes a afetar a igualdade entre candidatos, na propaganda eleitoral, conduz à aplicação da penalidade prevista no art. 73 da Lei nº 9.504/1997. A mesma conduta pode ensejar, também, a imposição de sanção prevista na Lei de Inelegibilidade, na medida em que venha a distorcer a manifestação popular, influenciando no resultado do pleito. Daí a possibilidade da deflagração das duas representações pelos mesmos fatos, sem que isso implique inépcia de qualquer delas.” O fato: requerimento de deputado estadual ao secretário do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do estado visando à execução de obras consistentes na perfuração de poços artesianos para fornecimento de água potável em alguns bairros do município. Na data da instalação dos poços, foi apreendido carro de som juntamente com uma fita cassete contendo propaganda, cuja veiculação não ficou provada, situando a questão, portanto, no campo dos atos preparatórios.

(Ac. nº 16.238, de 23.5.2000, Rel. Min. Garcia Vieira.)

ARESPE – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 25130 - Tubarão/SC

Acórdão nº 25130 de 18/08/2005

Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 23/09/2005, página 127

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL RECEBIDO COMO RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE E PRECLUSÃO AFASTADAS. CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. USO DE PROGRAMAS SOCIAIS, EM PROVEITO DE CANDIDATO, NA PROPAGANDA ELEITORAL. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O DIPLOMA DE GOVERNADOR. APLICAÇÃO DE MULTA.

Das decisões dos tribunais regionais, cabe recurso ordinário para o Tribunal Superior, quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais (CE art. 276, II, *a*). É vedado aos agentes públicos fazer ou permitir o uso promocional de programas sociais custeados pelo poder público.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, decidiu examinar o recurso como ordinário, vencido o Ministro Relator. No mérito, por maioria, o Tribunal deu provimento ao recurso ordinário, vencidos os Ministros Relator e Caputo Bastos.

682-54.2012.613.0004

REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 68254 - Fronteira Dos Vales/MG
Acórdão de 16/12/2014

Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES

Publicação:

DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 35, Data 23/02/2015, página 56/57

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATOS A PREFEITO E VICE.

1. Recurso de Hayden Matos Batista. O assistente simples do Ministério Público Eleitoral não pode interpor, isoladamente, recurso especial eleitoral. Precedentes. Recurso não conhecido.

2. Recursos dos candidatos eleitos e servidores. Para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave abuso de poder e conduta vedada, suficientes para ensejar a severa sanção da cassação de diploma. Para o Ministro Celso de Mello, “meras conjecturas (que sequer podem conferir suporte material a qualquer imputação) ou simples elementos indiciários desvestidos de maior consistência probatória não se revestem, em sede judicial, de idoneidade jurídica. Não se pode, tendo-se presente o postulado constitucional da não culpabilidade, atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto de cassação do diploma” (REsp. nº 21.264/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 27.4.2004).

3. Compreensão jurídica que, com a edição da LC nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento do abuso de poder e da conduta vedada, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos, decorrente da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alíneas *d* e *j*, da LC nº 64/1990.

4. Configura grave abuso do poder político a utilização de eventual programa social (transporte de pessoas a fim de retirar carteira de identidade em município próximo) para, em passo seguinte, alcançar o objetivo final: a transferência fraudulenta de eleitores, devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral em processo específico, fato que, além de constar bem delimitado na inicial da representação eleitoral, acarretou o cancelamento de diversos títulos eleitorais, interferindo no processo eleitoral de 2012, em manifesta contrariedade ao princípio da impessoalidade previsto no art. 37, *caput*, da CF/1988.

5. A normalidade e a legitimidade do pleito previstas no art. 14, §9º, da Constituição Federal decorrem da ideia de igualdade de chances entre os competidores, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual se compromete a própria essência do processo democrático, qualificando-se como violação àqueles princípios a manipulação de eleitorado.

6. O abuso do poder político pode ocorrer mesmo antes do registro de candidatura, competindo a esta Justiça especializada verificar evidente conotação eleitoral na conduta, como a transferência eleitoral fraudulenta, que somente pode acontecer antes do fechamento do cadastro eleitoral, no mês de maio do ano da eleição, nos termos do art. 91 da Lei nº 9.504/1997, segundo o qual “nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição”. Precedentes.

7. A eventual contradição no acórdão recorrido – fixação da multa no mínimo legal e cassação de diploma – não justifica, por si só, o afastamento dessa última sanção, pois não se analisa a potencialidade do fato para interferir no resultado do pleito, “mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”, nos termos do art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/1990, o que ficou demonstrado no caso dos autos.

8. Recursos providos parcialmente para afastar a aplicação de multa por conduta vedada. Mantida a cassação por abuso do poder político.

TRE-RJ – RECURSO EM REPRESENTAÇÃO, ART. 22, LC/64/1990: RECREP 71 RJ.

Processo: RECREP 71 RJ

Relator(a): LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA

Publicação: DOERJ – Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Tomo 097, Data: 31/05/2010, página 03.

Representação. Abuso de Poder Político. Cessão e utilização de bens móveis e imóveis pertencentes à Administração Pública e uso promocional, em favor de candidatos, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados pelo Poder Público. Configuração. Inelegibilidade.

– O art. 73, inciso IV, da Lei 9.504/97 não comporta outra interpretação que não a de que ao agente público é vedada não só a efetiva distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo poder público – que não esteja incluída nas exceções previstas pelo §10 do dispositivo supracitado –, como também o uso promocional desta distribuição em favor de candidato, partido político ou coligação, a fim de obter votos para estes.

– Constatado que a primeira representada fazia distribuir fichas cadastrais e panfletos de propaganda eleitoral em postos de saúde, bem como se utilizava da implementação de programas sociais e da distribuição de bens custeados pela Prefeitura para realizar promoção pessoal e dos candidatos representados, resta configurado o abuso de poder político, nos termos do art. 22 da LC 64/1990.

– Ação de Investigação Judicial Eleitoral, julgada procedente, para aplicar aos representados a pena de inelegibilidade por três anos, contados do trânsito em julgado da presente decisão.

Ora, a gravidade das condutas é enorme, uma vez que o representado, aproveitando da condição de vereador, utilizou de política pública de cunho assistencial, cuja execução incumbe a órgão de governo, com recursos provenientes do erário, funcionários que integram a estrutura da Administração Pública Municipal e submetida ao regime jurídico de direito público, para realizar propaganda e campanha eleitoral.

Tais atos, inclusive, são suscetíveis de configurar improbidade administrativa, eis que atentatórios à moralidade, probidade e impessoalidade.

Gira, portanto, em torno dessas benesses “sociais”, embora todas sejam custeadas pela prefeitura, o propósito manifesto de cooptar o maior número de eleitores, os quais são levados a reconhecer na figura do Representado, não uma alternativa de liderança política, mas sim um benfeitor, merecedor do voto por dever

de gratidão, na certeza de que a grande maioria de beneficiários, infelizmente, não detêm recursos suficientes para atender suas necessidades básicas, tampouco para realizarem cursos aptos a, em tese, incrementar sua renda familiar.

Isto sem contar a forma de divulgação do Projeto e suas realizações, onde o nome candidato sempre se sobressai, conforme se verifica nas postagens extraídas do sítio eletrônico do representado e do próprio *Projeto Viver Bem* existentes no *facebook*, bem como da divulgação em seu perfil bibliográfico no site da Câmara de Vereadores.

A natureza desta estratégia denota inegável abuso de poder político, além de conduta vedada, ilícitos a serem coibidos pela Justiça Eleitoral, à vista da inegável aptidão para macular o processo eleitoral e desequilibrar o pleito.

Abuso de Poder é o mau uso dos recursos patrimoniais, ou do poder inerente a determinada função pública, exorbitando os limites legais de modo a ameaçar o equilíbrio do pleito.

Na hipótese vertente, o vínculo estabelecido com a comunidade usuária dos serviços gera uma relação de dependência e subserviência caracterizadoras deste abuso de poder. A apresentação da candidatura do ora Representado baseia-se, portanto, a partir do trabalho supostamente *desenvolvido* por ele no aludido projeto social, o que não procede, uma vez que, conforme exposto alhures, a ação consiste em política pública desenvolvida pelo Município de Maricá.

O fato de o representado ocupar cargo no legislativo municipal torna ainda mais crível perante o eleitorado que seja este o responsável pelos benefícios conferidos mediante o *Projeto Viver Bem*, inculcando na mentalidade da população a figura do candidato como *salvador, aquele que ajuda os pobres*.

Sua imagem nas comunidades e bases eleitorais constrói-se a partir da atividade social exercida no referido projeto, o qual fornece diversos serviços a título gratuito, do qual se intitula o criador, a ponto de muitos o reconhecerem como *dono* da ação, conforme denúncia anexa, encaminhada à Promotoria da Tutela Coletiva.

Por conseguinte, sua inserção na vida política parte do assistencialismo político, que *in casu* sequer é por ele desenvolvido, mas sim pelo Município, razão pela qual este se traduz em inequívoco abuso de poder político com aptidão para turbar o equilíbrio entre as candidaturas, pois demanda o livre acesso às estruturas de Poder do Executivo, com o escopo de permitir o livre uso da imagem da ação social para promover-se, o que apenas é possível na condição de vereador municipal apoiado pela atual gestão e suposto idealizador do projeto.

E nesse caso a gravidade é ainda maior, uma vez que além do abuso de poder político há o uso desvirtuado de recursos não de natureza privada, mas sim de recursos públicos, uma vez que a ação social é mantida por recursos humanos e financeiros provenientes do patrimônio da Administração Pública Municipal.

Nesse contexto, resta igualmente caracterizado o abuso de Poder Econômico, uma vez que o representado utiliza, por via transversa, dos recursos públicos empregados no projeto para a manutenção e concessão dos benefícios à população, para promover-se politicamente perante o eleitorado.

A gravidade dos fatos pode, ainda, ser medida a partir das dimensões do projeto e sua inserção na comunidade. Neste ponto, é preciso considerar o efeito multiplicador ocasionado por estas iniciativas – as famílias dos beneficiados, os amigos, a imagem formada em torno do benemérito político, conforme alertou o Ministro Félix Fisher no julgamento do Recurso Ordinário nº 1445, ao se referir aos reflexos da manutenção de um centro de albergados por políticos gaúchos, cujo raciocínio é análogo ao do caso em apreço:

Registro, inicialmente, que o fato de não estar comprovada a vinculação do voto do eleitor à prestação dos serviços – o que caracterizaria a prática de captação ilícita de sufrágio – não afasta, de plano, a presença do abuso de poder econômico. Necessário verificar se os projetos sociais em questão “foram utilizados como meio de promoção das candidaturas dos investigados [...] apto a desequilibrar o pleito” (Rel. Min. Arnaldo Versiani, RO 1.472/PE, DJ 01.02.2008). [...]

Deve-se considerar não apenas a aptidão que tais práticas possuem para influenciar a vontade dos próprios albergados, mas, também, seu efeito multiplicativo. Como se tratam (*sic*) de pessoas inegavelmente carentes, é evidente o impacto desta ação sobre sua família e seu círculo de convivência. O mesmo pode-se dizer com relação aos moradores de Porto Alegre e Ijuí, atingidos pela propaganda que dava publicidade à prática vedada pelo art. 23, §5º da Lei 9.504/1997. [...]

Em síntese, a prática assistencialista, viabilizada pelo poderio econômico, aliada a manifestações públicas, nos moldes em que ocorreu, compromete o equilíbrio da disputa, independentemente do exame sobre o resultado numérico do pleito. Tratando-se de campanha para Deputado Estadual e Federal, fica evidente a vantagem que a prática irregular imprime em desfavor dos demais candidatos. Às vésperas do início do período eleitoral, não apenas os agentes públicos, mas todos os candidatos devem precaver-se. Não se pode permitir que os recorridos transformem a filantropia – atitude inicialmente louvável – em verdadeiro pouco eleitoral que leve ao desequilíbrio do pleito. Eis o desvio de finalidade. TSE, Recurso Ordinário nº 1445/RS, Rel. Originário Min. Marcelo Ribeiro, Relator para acórdão Min. Félix Fischer, julgado em DJE em 11.09.2009.

Por fim, não merece prosperar o argumento de que o insucesso da busca e apreensão realizada nas sedes do *Projeto Viver Bem* revela a inexistência de provas acerca de abuso de poder político e econômico, uma vez que o fato de não terem sido encontrados materiais de campanha nesses locais não exclui o uso da marca, dos símbolos e das ações do projeto, realizados nos panfletos distribuídos pelo candidato, em sua página na *internet*, bem como a divulgação de sua imagem atrelada à política social, realizada no *facebook* oficial do projeto.

Os vínculos da ação social realizada mediante o *Projeto Viver Bem* e o uso da imagem do mesmo para promoção da atividade política do Representado são óbvios; consoante farta instrução probatória carreada nos autos, por conseguinte, merece tal conduta a reprimenda devida, eis que consiste em notório abuso do poder político e econômico, acarretando o desequilíbrio da disputa eleitoral, ferindo a isonomia, mediante o uso de meio de propaganda abusiva, apelativa, vedada e, *in casu*, falaciosa.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, o Ministério Público Eleitoral requer:

- 1) que seja recebida a presente peça de alegações finais;
- 2) seja julgada PROCEDENTE A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL, declarando-se, ao final, nos termos do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/1990, a inelegibilidade do Representado para esta eleição e pelos próximos oito anos, cassando-se o diploma do mesmo.

Maricá, 12 de março de 2017.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça Eleitoral - MPRJ 2485

Peça Processual. 5ª Procuradoria de Justiça junto a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. Medida Cautelar para emprestar efeito suspensivo ao Recurso Especial. Crime doloso contra a vida. Desclassificação da imputação formulada na denúncia.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Recurso Especial Criminal nº 0069290-83.2012.8.19.0000 (protocolizado em 06/05/2013 – protocolo TJRJ 201300185553 no e-jud; ratificado em 09/05/2013, conforme protocolo TJRJ 201300192091); cópia do REsp. nº 201300192512 ; Data da Entrega: 09/05/2013 17:57:00 – Processo relacionado: 0069290-83.2012.8.19.0000.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Procurador de Justiça titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, com sede situada na Av. Mal. Câmara, 370, 8º andar, Rio de Janeiro, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 558, 798 e 800 e seu parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, propor

MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL, COM PEDIDO DE LIMINAR, INAUDITA ALTERA PARTE

em face de **ALEXANDRE FELIPE VIEIRA MENDES**, nos autos do processo eletrônico – Recurso em Sentido Estrito nº 0069290-83.2012.8.19.0000 –, cuja ação penal tramitou no juízo da 3ª Vara Criminal de Niterói, com competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, devidamente qualificado nos autos da ação penal, tendo sido assistido por advogados constituídos, Drs. Flávio Mirza, OAB/RJ nº 104.104 e André Mirza Maduro, inscrito na OAB/RJ sob o nº 155.273, com escritório na Rua Rodrigo Silva, nº 218, 32º andar, nesta cidade (docs. 0492 e 0610 do e-jud), pelos motivos de fato e de direito que a seguir expõe:

1. DO HISTÓRICO DA CAUSA

O Ministério Público denunciou o ora recorrido por homicídio doloso (dolo eventual), lesões corporais graves, lesões leves (duas vezes) e crimes do Código de Trânsito Brasileiro, incurso nas sanções do artigo 121, *caput*; artigo 129, §1º, inciso I; e artigo 129, *caput*, duas vezes, todos do código penal e artigos 304 (quatro vezes) e 305 (duas vezes) da Lei nº 9503/1997, em concurso material.

O juízo criminal da 3ª Vara Criminal de Niterói, com *competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida*, após regular instrução criminal, *entendeu por pronunciar o ora recorrido*, consoante decisão interlocutória de fls. 692/700, com

base no artigo 413 do Código de Processo Penal (g.n.), a fim de submeter o acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença, consoante determinação constitucional (artigo 5º, XXXVIII, letra “d”, da Constituição da República), acolhendo a tese ministerial.

A douta defesa técnica manejou recurso em sentido estrito em favor do ora recorrido, atacando a decisão de pronúncia prolatada pelo MM. Juízo da 3ª Vara Criminal do Tribunal de Júri da Comarca de Niterói, que, com fundamento no art. 413 do Código de Processo Penal, pronunciou o acusado Alexandre Felipe Vieira Mendes, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*; artigo 129, §1º, inciso I; e artigo 129, *caput*, duas vezes, todos do código penal e artigos 304 (quatro vezes) e 305 (duas vezes) da Lei nº 9503/1997, em concurso material.

Insurge-se a defesa técnica do acusado às fls. 565/608, postulando, preliminarmente, a nulidade da decisão de pronúncia por excesso de linguagem, por ter havido prejulgamento do caso penal e em virtude de violação ao devido processo legal. No mérito, *alega a inexistência de suporte probatório suficiente para a decisão de pronúncia.*

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 636/662, pugnando pelo conhecimento e, no mérito, desprovemento do recurso defensivo, mantendo-se a r. decisão proferida.

Em sede de juízo de retratação à fl. 667, manteve-se a decisão de pronúncia por seus próprios fundamentos.

Subiram os autos ao órgão *ad quem*, tendo a Procuradoria de Justiça ofertado Parecer no sentido da rejeição às preliminares suscitadas pela defesa, e pela manutenção da decisão de pronúncia, diante da presença de elementos probatórios suficientes a justificar o julgamento de júri popular, juízo natural da causa, consoante determinação constitucional, já que inexistente dúvida quanto à autoria e à materialidade de crime doloso contra a vida, ainda que a título e dolo eventual, atraídos os demais delitos conexos ao júri.

Todavia, a Colenda 8ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, *por unanimidade*, após rejeitar as preliminares suscitadas pela defesa técnica, veio a prover o recurso estrito, despronunciando o acusado e *desclassificando a imputação formulada na denúncia para crimes diversos dos dolosos contra a vida, determinando a remessa dos autos para o juízo criminal singular da Comarca de Niterói.*

Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora, consoante ementa do Acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. LESÕES CORPORAIS SIMPLES E QUALIFICADA. DELITOS DE TRÂNSITO. CRIMES CONEXOS. DECISÃO DE PRONÚNCIA. PRELIMINARES DE NULIDADE. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA, NA HIPÓTESE, DE EXCESSO DE LINGUAGEM, PREJULGAMENTO OU VIOLAÇÃO AO DEVIDO

PROCESSO LEGAL, NO ÂMBITO DA PRONÚNCIA QUESTIONADA. MÉRITO. AFASTAMENTO DO DOLO EVENTUAL. DESPRONÚNCIA DO ACUSADO. DESCLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PARA OUTROS DELITOS DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Hipótese em que o recorrente, segundo a denúncia, de forma livre e consciente, dolosamente, atropelou vítima com 58 (cinquenta e oito) anos de idade, o que ocasionou a sua morte, assumindo o risco de causar o resultado fatal, pois conduzia seu veículo automotor com teor alcoólico acima do normal e em alta velocidade. Após o atropelamento, se evadiu do local, imprimindo maior velocidade ao veículo, vindo a perder a direção e que, desgovernado, colidiu com um poste. Momento antes, atropelou uma senhora e seus dois filhos, um com 5 (cinco) e outro com 2 (dois) anos de idade, causando-lhes lesões graves e leves, deixando de lhes prestar socorro, uma vez que se evadiu, afastando-se do local do acidente.

2. *Preliminar de nulidade. Excesso de linguagem.*

Rejeição. A decisão de pronúncia encontra-se devidamente fundamentada, em conformidade com o artigo 93, IX, da CF. Não se evidencia, na hipótese, posicionamento pessoal ou antecipação da sentença condenatória, a influir de maneira negativa nos jurados, haja vista que as considerações feitas pelo juiz sentenciante se baseiam no material probatório constante dos autos, mormente os depoimentos de testemunhas e do próprio acusado, tanto em sede policial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório. Por essa razão, não ocorre a indigitada invasão do juízo monocrático na competência constitucional do Júri e muito menos formulação de frases que possam eventualmente induzir o raciocínio dos Senhores Jurados.

3. *Preliminar de nulidade. Prejulgamento.* Afastamento da prefacial. O magistrado *a quo* adotou efetiva técnica em sua forma de exposição argumentativa, explicitando quais as razões em que se baseou para receber a denúncia, limitando-se a realizar um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

4. *Preliminar de nulidade. Violação ao devido processo legal.* Rejeição. Com a reforma da Lei nº 11.689/2008, o interrogatório passou a ser o último ato de instrução no *judicium accusationis*. Contudo, da análise dos autos, depreende-se que por ocasião da AIJ realizada, as partes desistiram das testemunhas faltantes, com a ressalva daquelas a serem ouvidas por cartas precatórias no Juízo deprecado, na forma do art. 222, §1º, do CPP. Em seguida, naquele

ato, foi realizado o interrogatório do acusado. Não há nulidade, salientando-se que a expedição das aludidas precatórias não possui o condão de suspender o processo, sendo perfeitamente possível sua juntada após o interrogatório do ora recorrente. Não houve, naquela oportunidade, alegação ou demonstração de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do art. 563 do CPP. Trata-se do princípio de *pas de nullité sans grief*.

5. *Mérito*. Absolvição. Impossibilidade. Inexistência das hipóteses elencadas no art. 415 do CPP. Afastamento do dolo eventual que se impõe. Em se tratando de delitos de trânsito, a regra geral é a imputação de crime culposo. O dolo eventual, de outra parte, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que não se verifica no caso vertente, tornando-se obrigatório, portanto, a despronúncia do réu e a desclassificação da infração penal, remetendo o julgamento da causa para o juiz singular competente.

PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

Decidindo desta forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência aos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal, dando-lhes interpretação totalmente divergente da consolidada Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público interpôs *Recurso Especial*, tempestivamente, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, para que seja reformado o v. Acórdão, *restabelecendo-se a decisão de pronúncia do juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Niterói – júri popular* – a fim de que seja submetido o acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença –, que se encontra em fase do juízo de admissibilidade.

Da Tempestividade do Recurso Especial

O Ministério Público, tendo ciência pública do v. Acórdão, que fora publicado no dia 19/04/2013 no D.O. do Estado, parte III, – p. 737 do – e-jud, conforme Certidão de fl. 737 da Secretaria do E. Órgão fracionário da Corte local, e já tendo conhecimento do inteiro teor do aresto, que se encontrava disponibilizado no processo eletrônico do Tribunal de Justiça, tendo este órgão pleno acesso a todos os documentos que integram os autos, abriu mão do prazo que lhe favorece, nos exatos termos do artigo 186 do Código de Processo Civil, e dando-se por intimado do inteiro teor do acórdão, para fins de interposição naquela data do apelo extremo, protestando por intimação pessoal do Ministério Público, após o esgotamento do prazo processual da Defesa técnica, para eventual ratificação do recurso especial, caso ocorra a interposição de embargos aclaratórios, nos exatos termos da Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, diante da expedição nesta data da carta de intimação eletrônica da Câmara Criminal, foi *ratificado o Recurso Especial* (doc-1).

Portanto, a interposição do apelo extremo é tempestiva, já que a Procuradoria de Justiça, embora ainda não intimada pessoalmente, nos termos do art. 5º e seus parágrafos da Lei Federal nº 11.419/2006, manejou desde logo o recurso especial com a finalidade de dar maior efetividade e celeridade ao trâmite do processamento do recurso, protestando por eventual ratificação ulterior se for o caso, que foi RATIFICADO em 09/05/2013, conforme petição eletrônica cuja cópia segue em anexo.

O processamento do recurso encontra-se na fase do juízo de admissibilidade, consoante se vê da cópia integral do Recurso Especial interposto, protocolizado nesse E. Tribunal nesta data, inclusive histórico do andamento processual, aguardando a remessa para essa E. Terceira Vice-Presidência nos termos do art. 541 e segts. do Código de Processo Civil.

2. DO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

2.a- Em casos excepcionais, o Excelso Pretório bem como o Superior Tribunal de Justiça admitem o manejo de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário e/ou recurso especial, respectivamente, interposto, a fim de obstar a ocorrência de danos vultosos e verdadeiramente irreparáveis ao demandante¹.

De seu turno, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça assim disciplina a matéria:

Art. 34: São atribuições do relator:

(...)

V – submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

VI – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* da Corte Especial, da Seção ou da Turma.

Em complemento a essa norma procedimental, o art. 288, do RISTJ, dispõe:

Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual.

¹ Nesse sentido, observe-se, *v.g.*, as decisões: STJ – Pet. 34 (89.0012926-0)-RJ – 4ª T. – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo – j. em 13.03.1990 – v.u.; STJ – Pet. (MC)001 – RJ – Reg. 89070630 – 3ª T. – Rel. Ministro Nilson Naves – j. em 02.03.1989 – v.u.; STJ – Pet. 35 – PA (890013328-4)- 4ª T. – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo – j. em 06.03.1990 – v.u. – Todas publicadas na íntegra na obra de: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa Arruda. Mandado de Segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992 *apud* ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Forense, 2003.

§1º O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal.

§2º O relator poderá deferir liminarmente a medida *ad referendum* do órgão julgador competente.

Adite-se a tais dispositivos procedimentais a nova redação do artigo 558 do Código de Processo Civil, aplicável aos recursos constitucionais:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (grifos nossos)

Discorrendo sobre o tema, comenta Arruda Alvim (*Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Forense, 2003, p. 141):

(...) forçoso reconhecer que o requisito do *periculum in mora*, indispensável, ao lado do *fumus boni iuris*, para o deferimento da medida cautelar, tem contemplado a hipótese de garantia de "eficácia da ulterior decisão da causa".

Cuida-se, como observa com percuciência Humberto Theodoro Júnior, de uma aplicação particular do poder geral de cautela. Está-se, pois, diante de um expediente cujo objetivo é o de evitar a inutilização do processo principal como instrumento de justa composição dos litígios. Assim, na verdade, *a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a especial, responde não só ao interesse do demandante de ver seu provável direito resguardado, mas, também, ao próprio interesse da Justiça, propiciando a utilidade da decisão a ser proferida no recurso especial e/ou extraordinário* (grifos nossos).

Destarte, conclui o processualista mineiro: "A tutela jurídica prometida pelo Estado de Direito aos indivíduos compreende não só processo jurisdicional de reparação das lesões aos direitos individuais, como também a repressão ao perigo de lesão: 'A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' – assegura o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal".

Nesse *jaez*, identifica-se a possibilidade de se suspender os efeitos da decisão recorrida como aplicação especial do poder geral de cautela, sobre o qual dispõe de forma expressa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e, uma vez demonstrada a presença dos requisitos necessários ao deferimento liminar da medida, de rigor a sua concessão.

Vale lembrar o entendimento do Ministro José Delgado, no julgamento da medida cautelar 2.475/RJ:

O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeiro, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. (...) Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo em que mediar o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. (...) A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Aliás, o artigo 497 do Código de Processo Civil, na redação que foi dada pela Lei nº 8.038/90, estabelece:

O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, *ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.*

A Jurisprudência da Corte Superior é categórica em admitir a medida cautelar para dar efeito suspensivo ao Recurso Especial:

Para obter efeito suspensivo a recurso especial – ou seja, suspensão do cumprimento do acórdão objeto do recurso especial – a medida específica é a prevista no art. 288, e não o mandado de segurança ao STJ (STJ, 3ª Seção, MS 2.2221-8- PR, Rel. Min. Assis Toledo, j. 5.8.93, não conheceram, v.u. DJU 30.8.93, p. 17.262).

Interposto o recurso especial, a cautelar incidental será ajuizada diretamente no STJ, ainda que o Presidente do tribunal *a quo* não tenha proferido juízo de admissibilidade (RSTJ 99/101).

A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial supõe probabilidade de êxito, bem assim prejuízo irreversível para o interesse de quem recorre (STJ, 2ª T., Med. Caut. 988-PA-AgRG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.9.97, negaram provimento, v.u., DJU 13.10.97, p. 51.553).

No âmbito penal, o entendimento da Corte Superior não é dissonante sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. ESTUPRO (ART. 214, *CAPUT*, C.C. ART. 224, ALÍNEAS A E B, E ART. 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL ADMITIDO NA ORIGEM. PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS PRESENTES.

1. Liminar deferida para, emprestando efeito suspensivo ao recurso especial já admitido na origem, impedir que condenado por crime hediondo possa ter acesso à progressão de regime em frontal ofensa ao disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

2. De um lado, a questão há muito resta assentada neste Superior Tribunal de Justiça, reforçando com clareza a plausibilidade da tese recursal do Ministério Público Gaúcho. De outro lado, quanto ao perigo na demora, o efeito suspensivo deferido tem, por óbvio, evitar a concessão de benefício inadmitido pela lei, antes mesmo de se julgar o recurso especial. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. AgRg na MC 7822 / RS AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2004/0017144-3. Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador 5ª Turma. Julgamento: 23/06/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 23/08/2004 p. 252.

CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÃO CONTROVERTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA O *PARQUET*. VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. MANUTENÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO AO RECURSO ESPECIAL ATÉ O SEU TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Considerando-se que a imediata execução do acórdão recorrido – que substituiu a pena privativa de liberdade imposta à condenada por tráfico ilícito de

entorpecentes, por pena restritiva de direitos – poderia ensejar a extinção da punibilidade até mesmo antes do julgamento do apelo especial interposto pelo *Parquet*, procede o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, com o fim de obstar a execução provisória da decisão. Evidenciada a inocorrência de trânsito em julgado da decisão condenatória para o Ministério Público, torna-se incabível a execução provisória do *decisum*. Persistindo os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, impõe-se a manutenção do efeito suspensivo concedido em liminar a recurso especial, até o seu trânsito em julgado. Pedido julgado procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial nº 347.505/GO, até o seu julgamento definitivo. MC 2471 / GO MEDIDA CAUTELAR. 2000/0012451-6 . Relator Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador: 5ª TURMA. Data do Julgamento: 06/06/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 02/09/2002 p. 202.

2.b- A orientação da Corte Superior é no sentido de que o manejo da “chamada *medida cautelar* destinada a pedir efeito suspensivo (ou, se for o caso, a antecipação de tutela) em recurso especial ou extraordinário não tem natureza de ação cautelar autônoma, constituindo-se em verdade, em simples incidente processual” (STJ- 1ª T. Med. Caut. 12.428-AgRg, Min. Teori Zavascki, j. 20.3.07, DJU 12.4.07).

Ademais, o E. Superior Tribunal de Justiça reconhece como de sua competência, para o processo e julgamento de medida cautelar, mesmo antes da interposição e admissão do recurso especial, nas hipóteses em que fica caracterizada:

- 1- a plausibilidade do direito suscitado pela parte;
- 2- urgência da prestação jurisdicional;
- 3- a teratologia ou ilegalidade patente da decisão recorrida (STJ, 3ª T., Med. Caut. 12.112- Ag Rg, Min. Nancy Andrigh, j. 14.12.06, DJU 05.2.07).

Todavia, a Jurisprudência do *Excelso Pretório* inclina-se, de forma majoritária, a restringir a atribuição do efeito suspensivo ao recurso extraordinário, exigindo para a atribuição de tal efeito, ainda que em caráter de excepcionalidade, *concomitantemente, o juízo positivo de sua admissibilidade, a sua viabilidade processual devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material nele deduzida e a comprovação da urgência da pretensão cautelar*. Nesse sentido, a Pet 2.6786-QO/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.12.2005 e a Pet 1.859-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 28.04.2000. Vale transcrever, a propósito, *excerto do Voto da Min. ELLEN GRACIE, na Quest. Ord. em Med. Caut. em Ação Cautelar 2.177-4-Pernambuco, J. em 12.11.2008*, apreciando a questão da competência do Pretório Excelso para apreciação de ação cautelar em virtude da aplicação do regime da repercussão geral, onde transcreve trecho do voto do último julgado acima listado, quanto a tais exigências precisamente enumeradas:

(...) (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas de tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*.

2c- DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL PARA EXAME DA MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS CONSTITUCIONAIS INTERPOSTOS, AINDA NA FASE DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Jurisprudência do Pretório Excelso, acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma consolidada, só admite a *instauração da Jurisdição cautelar daquelas Cortes, para a outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso constitucional, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo provimento de agravo interposto do despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário.*

Confira-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A MEDIDA CAUTELAR DESTINADA À ATRIBUIÇÃO DE TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITE O SEGUIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA CONFERIR TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. IMPOSSIBILIDADE. A outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso extraordinário pressupõe, em regra, a instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo provimento de agravo de instrumento interposto de despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário. Circunstâncias ausentes do caso em exame. PROCESSO CIVIL. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DESTINADA AO EMPRÉSTIMO DE EFEITO SUSPENSIVO OU TUTELA RECURSAL A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO

MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO AO PEDIDO, CONTRAPOSTO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário é medida que se exaure em si mesma, na medida em que não demanda citação, tampouco contestação. Possibilidade de o relator negar seguimento a pedido contrário à orientação predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AC 1317 MC-ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-01 PP-00041).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Medida cautelar ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Competência não instaurada. Recurso ainda pendente de juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Pedido não conhecido. Agravo regimental improvido. Aplicação das súmulas 634 e 635. Enquanto não admitido o recurso extraordinário, ou provido agravo contra decisão que o não admite, não se instaura a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de tutela cautelar tendente a atribuir efeito suspensivo ao extraordinário.

(AC 491 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 17-12-2004 PP-00036 EMENT VOL-02177-01 PP-00035 RT v. 94, nº 835, 2005, p. 137-140 RTJ VOL 00192-02 PP-00411).

No seio do E. Superior Tribunal de Justiça, vem também prevalecendo esse ponto de vista, exigindo-se o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Tribunal de origem, para que se instaure a Jurisdição naquela Corte Superior.

Portanto, *a competência para apreciar a medida cautelar ora manejada, como regra geral, é efetivamente dessa Corte, conforme se vê dos julgados ora trazidos à baila:*

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO INTERPOSTO. HIPÓTESES EXCEPCIONALÍSSIMAS.

CABIMENTO.

1. "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem." (Súmula do STF, Enunciado nº 634).

2. Esta Corte tem admitido a concessão de efeito suspensivo a recurso especial já interposto, mas pendente do juízo de admissibilidade, ou até mesmo àqueles ainda não interpostos, mas somente para situações excepcionalíssimas, onde se constata, de pronto, o “manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal” (AgRgMC nº 8.101/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 24/5/2004), ou, ainda, em decisões manifestamente teratológicas. Precedentes.

3. Em restando demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, aliado ao fato de tratar-se de situação excepcionalíssima a exigir a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, é de ser concedida a medida cautelar.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg na MC 15.794/GO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 20/10/2009).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL PROPOSTA APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, MAS ANTES DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – DECISÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DESTA CORTE – NÃO OCORRÊNCIA – RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 - Consoante disposição do art. 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal, “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

2 - A competência para análise de pedidos cautelares no período entre a interposição do recurso e a prolação do juízo de admissibilidade é do Presidente do Colegiado de Justiça Estadual e não das Cortes Superiores – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Súmulas 635 e 634 do STF.

3 - A ausência da necessidade de preservação da competência ou de garantia de decisão deste Superior Tribunal de Justiça impõe o não conhecimento da Reclamação Constitucional, pela inocorrência de seus requisitos, quais sejam a inexistência de qualquer decisão desta Corte.

4 - Agravo Regimental não Conhecido.

(AgRg na Rcl 3.595/RN, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 16/09/2009) (grifos nossos).

3. DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA

DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO DA PARTE-ESTADO-SOCIEDADE, PRESENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – EM SE TRATANDO DE DECISÃO DE PRONÚNCIA PROLATADA PELO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI DE NITERÓI – 3ª VARA CRIMINAL, REFORMADA PELO ACÓRDÃO DA 8ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DESCLASSIFICOU A IMPUTAÇÃO PARA CRIME DIVERSO DO DOLOSO CONTRA A VIDA, AFASTANDO DO JÚRI O JULGAMENTO DA MATÉRIA, EM OFENSA AOS ARTIGOS 413 E 419, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, EM BUSCAR A SUSPENSÃO DO ACÓRDÃO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO EGRÉGIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, A FIM DE SOBRESTAR O TRÂMITE DA AÇÃO PENAL NO JUÍZO CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU, ATÉ QUE SE EXAMINE O MÉRITO DO RECURSO CONSTITUCIONAL INTERPOSTO, SOB PENA DE PERECIMENTO DO PRÓPRIO DIREITO E DA PERDA DO OBJETO DO SUSTENTADO NO APELO EXTREMO.

No Recurso Constitucional interposto, fica evidenciada a *plausibilidade do Direito* do Estado-Sociedade, aqui apresentado pelo Ministério Público, *em buscar a suspensão da execução do Acórdão recorrido*, com o sobrestamento do trâmite da ação penal em curso no juízo de primeiro grau, em função da decisão desclassificatória operada no Acórdão recorrido, diante da efetiva possibilidade de encerrar-se situação que pode ensejar tumulto processual desnecessário, com sério comprometimento da credibilidade das decisões judiciais, especialmente em se tratando de causa afeta ordinariamente ao julgamento do Tribunal do Júri, com grande repercussão no seio social.

Ora, na hipótese versada no apelo extremo, *é de rigor a suspensão do andamento da ação penal em curso*, pois diante da normal delonga no processamento de admissibilidade do recurso constitucional interposto, em caso de juízo positivo nessa douta Vice-Presidência, como já ocorreu em casos análogos, e até o julgamento do mérito do recurso especial pela Corte Superior (Superior Tribunal de Justiça), em decorrência da ausência de efeito suspensivo, certamente ocorreria a superveniente perda de objeto do apelo extremo.

É que, como é cediço, operada a desclassificação no Acórdão recorrido, com a determinação de redistribuição do processo a um dos juízos singulares criminais da Comarca de Niterói, decorreria a remessa dos autos à Promotoria de Justiça, que normalmente rerratificaria ou auditaria a denúncia, diante do *afastamento precoce da imputação do crime principal, doloso contra a vida*, e seria aplicado o rito ordinário, nos termos do artigo 399 e segts.do CPP, com a redação da Lei nº 11.719/2008, até julgamento do mérito, com a sentença.

Dessa forma, *é óbvio que a não sustação do trâmite processual ensejará prejuízo à acusação, pois o recurso especial interposto não possui efeito suspensivo (art. 497 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.038/90-L.R), como regra geral*, e certamente ao chegar-se no momento do exame do mérito da questão de direito (necessidade ou não de remeter-se o mérito aprofundado da causa para o júri popular, diante da competência constitucional do Tribunal do Júri – art. 413 do CPP), já teria ocorrido a prestação jurisdicional no juízo criminal singular, limitada a condenação ao crime de homicídio culposo e aos demais crimes conexos, o que provocaria a perda de objeto do apelo extremo.

É claro que poder-se-ia argumentar quanto à questão da competência constitucional do júri, e se provido o apelo extremo com o reconhecimento da violação das normas infraconstitucionais prequestionadas pelo acórdão recorrido, quanto a virtual nulidade do processo a partir do equivocado processamento pelo juízo criminal singular, mas, não se pode olvidar que tal argumento pode sequer ser acolhido em momento posterior, diante das vicissitudes do processo penal e a inviabilidade de eventual preclusão da via impugnativa, até porque normalmente o processamento do apelo extremo até final julgamento pela Corte Superior demanda algum tempo.

Conforme se vê do Recurso Especial interposto (cópia autêntica devidamente protocolizada no Tribunal *a quo*, e que acompanha em anexo este petitório), em síntese, há efetiva demonstração da plausibilidade do Direito que embasa as teses recursais, e do perigo efetivo perda do direito sustentado no apelo extremo, antes do exame do mérito do recurso pela Corte Superior.

A confirmar a plausibilidade da tese exposta no recurso constitucional – que havendo dúvida sobre a ocorrência do dolo eventual, que nesse caso está suficientemente indiciado pela prova valorada da decisão de pronúncia do juiz do júri de Niterói – ou se obrou com culpa consciente o agente, como igualmente assentado pelo v. Acórdão recorrido, caberá ao tribunal popular a palavra final, quando serão apreciadas as teses defensivas. Essa interpretação, como sustentado no apelo extremo, é a única possível diante do teor do artigo 413 do CPP, sendo certo que a competência do júri é de natureza constitucional, verdadeira garantia do cidadão.

Há vários precedentes da Corte Superior sobre o tema, valendo reprimir, conforme se vê a seguir, de forma exemplificativa, no voto do Ministro JORGE MUSSI, relator do REsp. nº 1.279.458-MG, DJe 17/09/2012, que tratou de matéria idêntica ao mérito deste apelo extremo. Transcreve-se excerto da preliminar no recurso especial referido:

(...) Primeiramente, rechaço a preliminar suscitada pela Defesa de que a análise do presente apelo nobre demandaria o revolvimento do material fático probatório, uma vez que o presente recurso cinge-se à matéria exclusivamente jurídica consistente no restabelecimento da sentença de pronúncia ao fundamento de que, havendo indícios de que o acusado estava em estado de embriaguez, excesso de velocidade e na contramão de direção no momento do evento criminoso, estaria, em tese, presente o dolo eventual, razão pela qual seria de rigor sua submissão ao Tribunal Popular.

Ressalta-se que o fato de se reportar aos elementos apontados pelo Juízo de primeiro grau, bem como pela Corte Estadual (premissas estabelecidas) não importa em reexame de provas, mas sim reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação dos fatos pelas instâncias ordinárias, o que é perfeitamente admitido na via do especial.

Neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRONÚNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LIMITES.

I - Se a pronúncia se limita ao juízo de admissibilidade de acusação não há que se falar em excesso prejudicial aos réus.

II - A reavaliação do material cognitivo delineado em acórdão recorrido é permitido em sede de recurso especial, ao contrário do reexame da prova (Súmula nº 7 - STJ).

III - Tópicos que não guardam relação com omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição desmerecem esclarecimento. Embargos de declaração (2) rejeitados. (EDcl no REsp. nº 192049/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/3/1999 e DJ 29/3/1999 p. 215, LEXSTJ, vol. 120, p. 356).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. IRRELEVÂNCIA DA EFICIÊNCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. REEXAME DE PROVA. DESNECESSIDADE. PROVIMENTO AGRAVADO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (...)

2. Não se trata de reexame do conjunto fático-probatório dos autos, que encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte, mas, sim, de reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação dos fatos considerados incontroversos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Resp. nº 1008903/RS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 4/11/2008 e DJe 24/11/2008).

A decisão recorrida, permissa vênica de entendimentos diversos, encontra-se equivocada, pois ao afastar o dolo eventual na conduta principal imputada ao acusado, divergindo do entendimento adotado na pronúncia do Magistrado de primeiro grau, mesmo havendo fundados elementos a apontar que o agente dirigia em estado de embriaguez e excesso de velocidade, se distancia do entendimento adotado por essa Corte Superior, conforme se verifica em caso concreto análogo, no julgamento do REsp. nº 1.279.458-MG, relator o Ministro JORGE MUSSI, J. em 4/09/2012, 5ª T., DJe 17/09/2012, que assim se posicionou consoante excerto ora transcrito para a compreensão do tema:

Depreende-se da leitura da sentença de pronúncia que, embora sem poder adentrar no exame do mérito da ação penal – competência exclusiva do Tribunal do Júri –, o Juiz optou pela existência, em tese, do dolo eventual, prestigiando o princípio *in dubio pro societate*.

No entanto, a Corte local, ao desclassificar o delito para a modalidade culposa (culpa consciente), mesmo asseverando que o acusado dirigia em estado de embriaguez, excesso de velocidade e na contramão de direção, adotou solução diversa daquela do Magistrado de 1º grau. E assim decidindo, divergiu do entendimento proferido por esta Corte Superior de Justiça no sentido de que a presença de referidas circunstâncias caracterizaria, em tese, o elemento subjetivo do tipo inerente aos crimes de competência do Júri Popular.

A propósito:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E AS QUALIFICADORAS DO HOMICÍDIO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO HOMICÍDIO CULPOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Consta que o Paciente foi denunciado pela prática, em tese, de homicídio triplamente qualificado (motivo fútil, emprego de meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima), por duas vezes, em concurso formal, uma vez que “a denúncia sustenta que o paciente praticou homicídio doloso, na modalidade de dolo eventual, ao assumir o risco de produzir o resultado, ao conduzir veículo automotor, qual seja, camionete Toyota Hilux, em alta velocidade, aproximadamente 134 km/h, em local cuja velocidade regulamentar é de 40 km/h”, além do que “o paciente se encontrava em estado de embriaguez”.

2. [...]

3. Quanto ao pedido de exclusão das qualificadoras descritas na denúncia, sustenta a impetração a incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio. Todavia, o fato de o Paciente ter assumido o risco de produzir o resultado morte, aspecto caracterizador do dolo eventual, não exclui a possibilidade de o crime ter sido praticado por motivo fútil, uma vez que o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta, não se afigurando, em princípio, a apontada incompatibilidade. Precedente.

4. [...]

5. Ordem denegada. (HC nº 118071/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 7/12/2010 e DJe em 1/2/2011).

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ART. 408 DO CPP. CRIME DE HOMICÍDIO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DOLO EVENTUAL. ART. 18, I DO CPB. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE PERIGO COMUM (ART. 121, §2º, III DO

CPB) PELO JUIZ PRONUNCIANTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTA OU INDISCUTÍVEL A SUA INADMISSIBILIDADE. LIÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO PAÍS.

1. [...]

2. Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I do CPB).

3. O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, §2º, III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira.

4. Recurso do Ministério Público a que se dá provimento. (REsp. nº 912060/DF, Rel. Min. ALNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 14/11/2007 e DJe em 10/3/2008).

Neste sentido, veja-se o ensinamento de Júlio Fabrini Mirabete, em Manual de Direito Penal, volume 1, parte geral, Ed. Atlas, 27ª ed., p. 127, *in verbis*:

[...] Na segunda parte do inciso em estudo, a lei trata do dolo eventual. Nesta hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém e ele pratica a conduta, consentindo no resultado. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso. Exemplos de dolo eventual [...], dirigir caminhão, em alta velocidade, na contramão, embriagado, batendo em automóvel que trafegava regularmente e matando três pessoas; [...].

Neste mesmo diapasão, é a lição de César Dário Mariano da Silva, em Manual de Direito Penal, vol. 1, parte geral, Ed. Forense, 4ª ed., 2006, p. 96, *litteris*:

b.2) dolo eventual: o sujeito não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo e o aceita. O resultado é indiferente ao

agente. Exemplo: motorista que dirige embriagado e em alta velocidade, não se preocupando sobre a possibilidade de ir a atropelar e matar alguém, o que de fato ocorre.

Ora, para o momento, tenho que a presença da embriaguez ao volante, excesso de velocidade e direção na contramão, em tese, podem configurar dolo eventual, pois, nesta fase processual, de acordo com o princípio do juiz natural, o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, que é constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, conforme já decidido por esta Corte:

HABEAS CORPUS. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA O DELITO DO ART. 129, §3º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS.

Uma vez que a sentença de pronúncia foi confirmada pelo Tribunal Estadual, eventual desclassificação deve resultar de decisão proferida pelo Juízo natural da causa, o Tribunal do Júri.

Ademais, inviável apreciar, nos estreitos limites do *habeas corpus*, pretensões de desclassificação do delito, por demandar exame aprofundado de provas. Ordem denegada. (HC nº 44.499/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23-8-2005, DJ 26-9-2005 p. 430).

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PACIENTE PRONUNCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ACEITAÇÃO DO RESULTADO. REEXAME EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. VIA INADEQUADA. 1. A alegação de que o ora Paciente teria perdido o controle de seu veículo no momento do impacto com as vítimas, não tem o condão de, por si só, sem uma análise aprofundada e minuciosa dos fatos, imprópria na via estreita do *writ*, ensejar a desclassificação do crime de homicídio com dolo eventual para o culposo, uma vez que as circunstâncias do ocorrido demonstram a aparência do dolo eventual.

2. Ademais, a desclassificação, no Júri, só pode ser procedida se a acusação por crime doloso for manifestamente inadmissível, tendo em vista a máxima *in dubio pro societate*.

3. Precedentes desta Corte.

4. Ordem denegada.

(HC nº 91.397/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18-11-2008, DJe 15-12-2008).

Deste Relator, colhe-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. TESE RECENTEMENTE ENFRENTADA POR ESTE TRIBUNAL.

1. É possível decidir o recurso especial monocraticamente quando o tema objeto da irresignação foi recentemente enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça. TRIBUNAL DO JÚRI. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO SIMPLES A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO. AUSÊNCIA. DÚVIDAS QUANTO À MATERIALIDADE DELITIVA E AOS INDÍCIOS DE AUTORIA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA.

1. O restabelecimento do *decisum* que remeteu o agravante a Júri Popular, não demanda reexame do material fático/probatório dos autos, mas mera reavaliação dos elementos utilizados na apreciação dos fatos pelo Tribunal local e pelo Juízo de primeiro grau.

2. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal.

3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático/probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício.

4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao agente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder a qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia ilegalidade na manutenção da pronúncia pelo dolo eventual, que, para sua averiguação depende de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente, ou seja, o Conselho de Sentença. (...) (AgRg no Resp-1.192.061/MG, DJe de 29/7/11).

Neste sentido, aliás, é o posicionamento do Autor Christiano Jorge Santos, em Direito Penal 2, Parte Geral, Elsevier Ltda., 2007, p. 64, *litteris*:

[...]

Com isso, vê-se a distinção teórica entre as duas hipóteses, o que não resolve, necessariamente, o problema prático. Como saber, na análise de casos concretos (exceto se o agente confessar e esta confissão for respaldada pelo restante do conjunto probatório), se o agente aceitou o resultado danoso ou se não o queria, sincera e verdadeiramente. Assim, na casuística forense, estabeleceu-se que tal aferição dar-se-á a partir da análise das provas carreadas durante a instrução penal.

Persistindo a dúvida (no momento do julgamento final), em face do princípio do *in dubio pro reo*, deve-se ficar com a culpa consciente. [...] Saliente-se, todavia, que, no momento de oferecimento da denúncia, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, assim como ocorre na sentença de pronúncia (no rito processual do júri). Logo, muitas vezes o órgão acusador age corretamente ao denunciar um agente por crime doloso (com dolo eventual), no limiar da dúvida entre a culpa consciente, no caso real.

Cumpra consignar, ainda, que a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, é o mandamento do art. 408 (antiga redação) e atual art. 413 do Código Processual Penal.

Evidenciada, portanto, ofensa ao art. 413, do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença de pronúncia. (...)

Portanto, tratando-se a decisão de pronúncia de mero juízo de admissibilidade da acusação, encerrando a primeira fase do procedimento bifásico do processo do júri – o *judicium accusationes* – e estando assentadas as premissas fáticas examinadas pelo juízo de primeiro grau, caberá ao júri popular examinar as teses defensivas, inclusive a distinção entre o homicídio na modalidade do dolo eventual e a culpa consciente, vedado ao Tribunal de Justiça o exame aprofundado da prova para afastar, como inquestionavelmente ocorreu, a imputação de dolo eventual em favor da desclassificação para crime diverso do doloso contra a vida, com a fixação da competência do juízo criminal singular.

A hipótese sustentada no apelo extremo diz respeito à expressa violação dos contornos dos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal pelo acórdão recorrido,

que em última análise acabou por afastar do exame do Conselho de Sentença crime doloso contra a vida, o que não pode ser admitido no ordenamento jurídico pátrio, consoante iterativa jurisprudência dessa Corte Superior, sob pena de violação da competência do Tribunal do Júri.

4. DO PEDIDO CAUTELAR

Em face do exposto, e diante da demonstração do *PERICULUM IN MORA*, ao lado do *FUMUS BONI IURIS*, requer:

1. a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Constitucional interposto, a fim de que seja determinada a suspensão do cumprimento do Acórdão do Tribunal *a quo*, cassando-se liminarmente, *inaudita altera parte*, a determinação de redistribuição do processo ao juízo criminal singular de Niterói, até o exame do mérito do recurso especial interposto;

2. a citação do requerido para que, querendo, apresente resposta no prazo legal, sob pena de revelia.

Provará o que for necessário, usando de todos os meios permitidos em direito, especialmente pela juntada de documentos que acompanham a presente petição, que declara serem autênticos sob pena de responsabilidade pessoal, nos termos do art. 365, IV, do Código de Processo Civil:

1- *cópia autêntica dos seguintes documentos do recurso em sentido estrito – denúncia, alegações finais das partes, decisão de pronúncia, Razões do recurso em sentido estrito, contrarrazões do MP, Parecer da Procuradoria de Justiça, Acórdão recorrido – (doc. 1);*

2- *cópia autêntica do Recurso Especial Interposto junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – protocolizado em 06/05/2013 – (doc. 2);*

3- *cópia autêntica da petição de ratificação do Recurso Especial interposto em 06/05/2013, com cópia do inteiro teor do Recurso interposto (doc. 3);*

4- *cópia da consulta ao sítio do TJERJ, dando conta do andamento do processo. – (doc. 4).*

Dá ao valor da causa, sem fim econômico, R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Termos em que

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2013.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça



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 INQUÉRITO Nº 3.158 / RONDÔNIA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATORA DO ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): NASCIMENTO ALVES PAULINO

EMENTA

INQUÉRITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. ARQUIVAMENTO. COINVESTIGADOS. INQUÉRITO ORIUNDO DE INSTÂNCIA INFERIOR. PROCEDIMENTO. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. BALIZAS. REMESSA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. CÓPIA INTEGRAL ARQUIVADA NO STF. PRECEDENTES.

1. Presentes detentores e não detentores de prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, à míngua de expressa disposição legal ou regimental, formatadas as balizas disciplinadoras do procedimento de desmembramento por construção jurisprudencial.

2. Declinada a competência a esta Suprema Corte e não reconhecido, posteriormente, detentor de prerrogativa implicado nos fatos, ou perdida a prerrogativa por motivo superveniente, viabiliza-se a remessa ao juízo de origem, tal como requerido pelo Ministério Público Federal, para, se o caso, prosseguir com a investigação, mantida, em arquivo, no âmbito do STF, cópia integral dos autos.

3. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Ministra Redatora para o acórdão e por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Presidente e Relator, e Luiz Fux, em sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 07 de fevereiro de 2017.

MINISTRA ROSA WEBER

Redatora para o acórdão

PRIMEIRA TURMA

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158 / RONDÔNIA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATORA DO ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): NASCIMENTO ALVES PAULINO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A assessora Dra. Mariana Madera Nunes prestou as seguintes informações:

Às folhas 800 e 801, Vossa Excelência não acolheu o pleito de remessa dos autos à Terceira Vara Criminal de Porto Velho/RO, consignando que se referem, unicamente, ao investigado. Assentou nada impedir a instauração de inquérito para apurar a eventual responsabilidade penal de terceiros quanto ao alegado fato criminoso.

Por meio da petição/STF nº 31.604, à folha 806 a 809, o Procurador-Geral da República busca a reconsideração da decisão, requerendo, sucessivamente, o recebimento da peça como agravo. Frisa que o indeferimento do envio dos autos à Terceira Vara Criminal de Porto Velho/RO acarretará prejuízo às investigações, porque, consoante argumenta, as diligências já realizadas seriam perdidas. Salienta, ainda, que, datando os fatos

do ano de 2009, a instauração de inquérito implicaria recomeço das investigações e impossibilidade de êxito na apuração da materialidade e autoria delitivas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

AUTOS – REMESSA A JUÍZO – DESCABIMENTO. Mostra-se inadequada a remessa dos autos do inquérito a Juízo, uma vez já arquivados, no que objetivavam apurar conduta delituosa atribuída, unicamente, a certo investigado, considerado o foro por prerrogativa de função.

Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. Os autos foram recebidos no Ministério Público Federal em 10 de junho de 2016, sendo protocolada a peça, subscrita pelo Procurador-Geral da República, no dia 15 seguinte, dentro do prazo legal. Conheço.

Reitero o veiculado acerca da remessa dos autos para prosseguimento das investigações relativamente a terceiros:

O inquérito refere-se, unicamente, ao investigado, considerado o foro por prerrogativa de função no Supremo, no qual foram os autos arquivados. Mostra-se descabida a remessa à Terceira Vara Criminal de Porto Velho/RO. Nada impede a instauração de inquérito para apurar a eventual responsabilidade penal de terceiros quanto ao alegado fato delitivo.

Em Direito, o meio justifica o fim, e não este, aquele. Os autos do inquérito já arquivado devem permanecer no Supremo para efeito de documentação.

De qualquer forma, está viabilizado o fornecimento de cópias de peças ao Ministério Público.

Desprovejo o agravo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, peço vênha ao eminente Ministro-Relator para averbar que tenho entendido, em casos similares, numa direção relativamente diversa para a qual ponderaria a reflexão deste Colegiado. Por exemplo, no Inquérito 4.155 do Estado do Rio de Janeiro, decidi, monocraticamente,

considerando tratar-se de inquérito que visava apurar a suposta conduta, inclusive dentre os investigados havia, portanto, um parlamentar, e o Ministério Público pede o arquivamento neste caso que estou a mencionar, cuja decisão é de 17 de fevereiro deste ano corrente.

Neste caso, e peço licença para mencionar, entendi que: “o arquivamento deferido com fundamento na ausência de provas suficientes não impede o prosseguimento das investigações, caso futuramente surjam novas evidências.”

Posto isso, naquela ocasião, deferi o pedido de arquivamento do inquérito – e cito aqui o fundamento legal – em relação ao parlamentar. Quanto aos demais investigados – assentei à época –, determino o retorno dos autos à origem na forma requerida pelo Procurador-Geral da República.

É o que eu estou a me reportar, Senhor Presidente. E, portanto, nesse sentido, o entendimento que tenho acolhido vai ao encontro da irresignação manifestada, neste caso, pelo Ministério Público Federal.

Desse modo, peço todas as vênias ao eminente Relator, apenas por uma questão de coerência, e manter a percepção que tenho adotado em casos similares. E, assim, estou procurando manter uma linha, mas trago isso à ponderação e à consideração do Colegiado para, quem sabe, ponderarmos juntos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que ocorre quando, no âmbito do Supremo, procedemos ao desmembramento dos autos do inquérito? Mandamos, desde que haja outros investigados não detentores de prerrogativa de serem julgados pelo Supremo, formar autos apartados e encaminhá-los.

Nesse caso concreto, não. Tivemos – não sei se o desmembramento ocorreu anteriormente, teria de pesquisar – a sequência do inquérito apenas contra o detentor; e houve o arquivamento, penso que até pela Turma. Simplesmente o Ministério Público – não sei por que não se contenta com a formação de autos suplementares – quer que o Supremo coloque em segundo plano a necessidade de possuir a documentação dos autos; que se remeta para a primeira instância.

Por isso, entendo haver essa distinção. E, repito, embora não precisasse consignar, disse que nada impede o fornecimento de cópia integral dos autos. Apenas não cabe a remessa dos autos originais.

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Eu penso que não compreendi bem a distinção, porque eu tenho agido na mesma linha proposta, ou pelo menos aventada pelo Ministro Fachin, no sentido de determinar a remessa dos autos, em função do desmembramento, autos à origem. Arquiva-se, com relação ao parlamentar, e, com relação aos demais, faz-se o encaminhamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Poderia, não estaria longe. Mas, quando os autos foram arquivados, apenas havia um investigado.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Aií...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Só havia um investigado: o Ivo Narciso Cassol. Não tínhamos outros, senão concluiria no sentido de arquivar, quanto ao detentor da prerrogativa, e remeter, em relação aos demais. Aqui, não. Neste caso, o que pretende o Ministério Público é contar com os documentos.

Cabe indagar: por que não se contenta com a formação de autos? Qual motivo de querer que o Supremo abandone a necessidade de manter esses autos arquivados, no próprio recinto, e os remeta? Não sei. Certamente, não é uma quebra de braço comigo, pois não parto para quebra de braço com o Ministério Público, o Estado acusador.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – A peculiaridade trazida pelo Ministro Marco Aurélio me sensibiliza. E a documentação dos autos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Aií é que está: não há prejuízo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Agora, por que não tirar e determinar a remessa das cópias todas, diante do arquivamento relativo ao parlamentar? Vieram para cá, em litisconsórcio com um parlamentar, os casos de outros réus não detentores da prerrogativa de foro. Eu não compreendi bem esses aspectos, Presidente.

E, se Vossa Excelência me dá a palavra para votar, eu vou ter que requerer vista regimental até pela sistemática que adoto no gabinete.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Pois não, Vossa Excelência tem vista. Eu também fiquei na dúvida.

Meu primeiro sentimento foi: qual é o prejuízo de estar arquivado e mandarmos? Aií o Ministro Marco Aurélio diz: mas aí nós ficamos sem registro aqui.

Eu também penso que gostaria de pensar um minutinho, porque, no fundo, mandar cópia, fac-símile integral ou original, para os fins visados, eu penso que dá no mesmo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Caso ocorra pleito de certidão, por exemplo, teremos de requisitar os autos que deveriam estar arquivados no Supremo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – São documentos comuns tanto à situação do parlamentar quanto a dos demais. É que o Ministro Marco Aurélio me disse que, no final, só estava o parlamentar. Então, se só restou o parlamentar... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tanto que o cabeçalho, observada a autuação, consigna apenas o Ministério Público e o Ivo Narciso Cassol. Mas estará em ótimas mãos considerada a vista.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Na manifestação, Vossa Excelência consigna não se opor à expedição de cópia integral do processo? Está explícito isso, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No meu voto, está dito isso, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Assim, eu preciso dizer que o meu primeiro sentimento era o do Ministro Luiz Edson Fachin, mas, no fundo, estou achando que dá tudo no mesmo. É, talvez a gente não queira perder mais tempo com isso.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, eu peço só vênica para manter o entendimento porque eu levei como premissa o que consta na decisão do eminente Ministro-Relator quando se reportou à informação da respectiva assessoria:

“Veiculado pedido de arquivamento pelo Procurador-Geral da República em relação ao investigado (...), Vossa Excelência deferiu-o às folhas” – tais e tais.

“A Procuradoria-Geral da República requer, à folha” – tal – “a remessa dos autos à 3ª Vara Criminal de Porto Velho/RO para prosseguimento da investigação quanto aos demais indiciados.”

PRIMEIRA TURMA

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158 / RONDÔNIA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATORA DO ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): NASCIMENTO ALVES PAULINO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Havia, nesses autos, indiciados? A premissa é de que inexistia – Não potencializo o que está nas informações da Dra. Mariana Madera Nunes – porque, se houvesse, seria o caso, realmente, de chegar-se a este ponto: mandarmos arquivar quanto ao detentor e enviar em relação aos demais; mas penso que, quando arquivamos, já não existia esse quadro. Adoto, como regra, quando sou relator, desmembrar, e espero o recurso do Ministério Público contra esse desmembramento. À época na qual apreciamos, até pela minha coerência nesse modo de proceder, não havia outros investigados.

De qualquer forma, a Ministra pediu vista e vou me debruçar – como não tenho outros processos no Gabinete – sobre essa situação jurídica, a fim de estar mais informado quanto, inclusive, às peças, que devem ser interessantíssimas, existentes nestes autos, e a essa impossibilidade de o Ministério Público se contentar com a formação, pela Secretaria do Supremo, de autos em apartado. Verificarei esses dados.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158

PROCED. : RONDÔNIA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): NASCIMENTO ALVES PAULINO (15194/DF)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo regimental; e do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, que o provia, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 30.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158 / RONDÔNIA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu reputo o que aqui se discute como uma questão menor, burocrática; e tenho por norma sempre privilegiar a compreensão do Relator. Por que aqui terminei pedindo vista? Porque – se bem me recordo – o eminente Ministro Fachin abriu divergência ao voto de Vossa Excelência, Presidente, e, como a orientação do Ministro Fachin era a que eu observo nos processos sob a minha relatoria, resolvi pensar melhor sobre o tema, considerada a informação prestada por Vossa Excelência de que, no caso específico, o investigado detentor de prerrogativa de foro tivera o arquivamento da investigação requerida pelo Procurador-Geral, e Vossa Excelência, por óbvio, havia assim entendido.

O que se discute? O que pediu o Procurador-Geral? Ele pediu a remessa dos autos à 3ª Vara de Porto Velho, Rondônia. O eminente Ministro Marco Aurélio, na condição de Relator, indeferiu a remessa dos autos à compreensão de que o próprio Procurador-Geral poderia fazer cópia e lá prosseguir. Não é a minha orientação, mas

pensei: “será a hipótese da autorização para o inquérito ter sido dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal?”. Verifiquei que não, Ministro Marco Aurélio. Na verdade, houve um declínio de competência. A investigação direcionava-se a um senador da República e a outros investigados. Assim, os autos vieram para cá. Com relação ao senador da República, houve o arquivamento da investigação. E, por isso, com o devido respeito, na linha do que eu tenho decidido nos processos dessa natureza a mim distribuídos, pareceu-me que seria razoável a remessa.

Eu trago um longo voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

Apenas um detalhe: os autos que aqui tramitaram envolveram apenas o detentor da prerrogativa de foro. Qual a pretensão do Ministério Público? Abrir inquérito contra possíveis corréus ou partícipes da prática que seria criminosa. Em vez de pedir a extração – tanto que a viabilizei no voto – de documentos do inquérito que tramitou no Supremo, envolvendo apenas o detentor da prerrogativa, de foro, e que deve, a meu ver, ficar aqui arquivado, quer a remessa à primeira instância. É quase queda de braço entre o Relator e o Ministério Público. O Ministério Público não quer ter o trabalho de requerer a extração de peças!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu acho que o problema não é nem o trabalho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Surge um amor próprio incrível.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Penso que o problema, por exemplo, quando o Supremo anula investigações feitas por autoridade incompetente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não, Ministro, não é o caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, eu sei, mas vou fazer um raciocínio analógico. Quando anula, é porque aquela autoridade não pode ter nem conhecimento daqueles fatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Sim, está certo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Então, remeter o processo do senador para a primeira instância quebra a lógica dessa competência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Se os autos de inquérito envolvessem cidadãos comuns, o que, por coerência, teria feito? Teria desmembrado, mandando o inquérito para a primeira instância, Juízo natural dos cidadãos comuns. O inquérito apenas envolvia o senador Ivo Cassol. Houve requerimento no sentido de ser arquivado; determinei o arquivamento. Foi para o arquivo de que órgão? Do Supremo. E então veio o Ministério Público, pretendendo redirecionar a investigação, e me pediu o envio desses autos, que não dizem respeito a cidadãos comuns, à primeira instância? Ele, se quiser realmente dar sequência quanto

aos cidadãos comuns, que requeira a extração de peças, se for o caso. Tanto que, no final do voto – depois de salientar que o inquérito envolveu apenas o senador, e não o senador e os cidadãos comuns –, digo que:

Em direito, o meio justifica o fim, e não este, aquele. Os autos do inquérito já arquivado devem permanecer no Supremo para efeito de documentação. De qualquer forma, está viabilizado o fornecimento de cópias de peças ao Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, permita-me. Eu não quis fazer a leitura do voto, que é longo, em que após eu procurar elencar todas as situações que surgem, seja quando há declínio de competência para o Supremo, seja quando as investigações se fazem a partir de autorização do próprio Supremo, mas depois de elencar todas essas hipóteses e trazer exemplos de processos sob a minha relatoria, sob a relatoria dos demais Ministros, inclusive de Vossa Excelência, eu digo assim no voto-vista.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, ilustres pares, trata-se de *agravo regimental do Procurador Geral da República em inquérito sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio*, em que pedi vista dos autos para melhor *refletir* sobre a matéria. Os autos foram encaminhados ao meu Gabinete em 04.10.2016.

Devolvidos em 19.12.16, restou julgado o feito em 07.02.17, ocasião em que me tornei redatora para o acórdão, após acompanhar a *divergência* aberta pelo Ministro Edson Fachin.

2. O eminente Relator, a quem mais uma vez rendo minhas homenagens, votou no sentido de *negar provimento* ao recurso, mantendo o *indeferimento da remessa dos autos originais* à 3ª Vara Criminal de Porto Velho/RO, após o *arquivamento* da investigação contra o detentor de *prerrogativa de foro* nesta Suprema Corte, o Senador da República Ivo Narciso Cassol. Fundamentou Sua Excelência:

2. O inquérito refere-se, unicamente, ao investigado considerado o foro por prerrogativa de função no Supremo, no qual foram os autos arquivados. Mostra-se descabida a remessa à 3ª Vara Criminal de Porto Velho/RO. Nada impede a instauração de inquérito para apurar a eventual responsabilidade penal de terceiros quanto ao alegado fato criminoso.

3. Indefero o encaminhamento pretendido.

3. O eminente **Ministro Edson Fachin** abriu divergência, dando *provimento* ao agravo regimental.

4. Algumas considerações se impõem, de início, para melhor explicitar o procedimento que tenho adotado, quanto ao encaminhamento dos autos – autos originais ou por cópias –, especialmente em inquéritos, nos processos sob a minha relatoria:

(i) Consabido que as investigações criminais nesta Suprema Corte se sujeitam a *regime próprio*, introjetadas *notas distintivas* das investigações preliminares comuns pela Lei 8.038/90 e no RISTF. Resulta que “(...) a atividade de *supervisão judicial* deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*” (QO no INQ 2411, Rel. Min. Gilmar Mendes);

(ii) as investigações podem ser *iniciadas* nesta Suprema Corte, caso em que a *abertura* depende de *autorização judicial* – inteligência do artigo 21, XV, do RISTF, na parte em que prevê competir ao Relator determinar a *instauração de inquérito*, a pedido do Procurador-Geral da República –, ou nela *prossegurem* – inteligência do art. 230-A do RISTF, na parte em que estabelece competir ao Relator verificar a competência deste Supremo Tribunal Federal quando *receber inquérito* oriundo de instância inferior;

(iii) as investigações nesta Suprema Corte destinam-se a investigar exclusivamente, *como regra*, os *detentores de prerrogativa de foro*, e só excepcionalmente alcançam a quem não é constitucionalmente detentor da prerrogativa funcional. Essa segunda hipótese só ocorre quando se mostrem as condutas do detentor e as do não detentor da prerrogativa funcional, *intimamente associadas, imbricadas* a tal ponto que a *cisão* implique por si só *prejuízo* ao esclarecimento dos fatos ou ao andamento da marcha processual. *Nesse sentido*: AP 853, de minha relatoria; AgRg no Inq. 3.515/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; Inq. 2.601 QO, Rel. Min. Celso de Mello; AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia;

(iv) *identificados* detentores de prerrogativa de foro em investigações *em curso nas instâncias inferiores*, devem os juízos declinar a competência, com a remessa, *em regra, dos autos originais* a esta Suprema Corte, a quem compete “exclusivamente, dispor sobre eventual desmembramento do processo em relação aos corréus não detentores de prerrogativa de foro” (Inq. 4058, Rel. Min. Carmén Lúcia):

(iv.i) em *caráter excepcional*, evidenciado *ictu oculi* que o detentor de prerrogativa de foro está implicado *apenas* em

parte *precisa e delimitada* dos fatos, admite-se a remessa de cópia dos autos pelas instâncias inferiores (INQ 3620, de minha relatoria; Rcl. 25279, Rel. Min. Marco Aurélio). Sem prejuízo de o Relator determinar o envio dos *autos originais*, a *ratio* dessa exceção visa a não paralisar a investigação na origem, sem comprometer eventuais *medidas urgentes* contra os *não detentores* de prerrogativa de foro na instância originária, ou, ainda, por razão de *economia processual*, quando, por exemplo, o Procurador-Geral da República formula *pedido de arquivamento, a partir das próprias cópias*, com relação ao detentor da prerrogativa nesta Suprema Corte (INQ 4152, de minha relatoria);

(iv.ii) não há fórmula *pronta, cartesiana, modelar*, a definir o momento e o *exato grau de convicção* para as instâncias inferiores declinarem a competência a esta Suprema Corte quando se depararem, na investigação, com aparente comprometimento de autoridade detentora de prerrogativa de foro. Exemplifico *situações limítrofes*: casos em que a autoridade detentora de prerrogativa de foro surge apenas lateralmente na investigação, em contexto aparentemente *dissociado e autônomo* aos crimes apurados; solução de continuidade das *diligências urgentes* e em curso, caso seja a declinação feita imediatamente; *conexões duvidosas* entre as condutas do detentor e do não detentor de prerrogativa; *indícios frágeis* da prática de crimes pela autoridade com prerrogativa de foro (*v.g.* citações à autoridade feitas por terceiros, por via de palavras cifradas) etc. (INQ 2560, de minha relatoria). Configurada, porém, *investigação direta* de autoridade detentora de prerrogativa de foro nas instâncias inferiores, com medidas investigativas a ela *dirigidas*, reconhece-se *usurpação de competência* (Rcl 24138, Rel. Min. Teori Zavascki);

(v) não há disposição legal ou regimental *expressa* que discipline o *procedimento* de *desmembramento* quando presentes detentores e não detentores de prerrogativa de foro nesta Suprema Corte. As balizas vêm sendo formatadas por *construção jurisprudencial*:

(v.i) realizado *desmembramento* para investigar *apenas* o detentor de prerrogativa de foro, mantêm-se, como regra, os *autos originais* com o Relator, encaminhando-se *cópias* ao *juízo declinante* para, se o caso, prosseguir com a investigação contra os *não detentores* de prerrogativa, ou ao órgão do *Ministério Público* para, se o caso, *promover* a investigação, se não ocorrida declinação de competência precedente. Nesse sentido: INQ 3098, Rel. Min. Marco Aurélio; INQ 3982, Rel. Min.

Teori Zavascki, INQ 4034, de minha relatoria, INQ 4238, Rel. Min. Celso de Mello, INQ 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, INQ 4283, Rel. Min. Luiz Fux;

(v.ii) *arquivado* procedimento em que investigado *apenas* o detentor de prerrogativa de foro, em casos em que *inexistente prévia declinação de competência* por outro juízo – ou seja, hipótese de investigação instaurada diretamente nesta Suprema Corte e sem a ocorrência de desmembramento prévio –, a regra é a manutenção dos *autos originais* neste STF. Sem prejuízo, compreendendo o Procurador-Geral da República pela existência de indícios contra potenciais outros implicados *sem* prerrogativa de foro, pode o Relator franquear *cópia dos autos* ao órgão do Ministério Público competente para, conforme o caso, *prosseguir ou iniciar* outra investigação na instância apropriada (PET 6307, Rel. Min. Teori Zavascki);

(v.iii) por outro lado, *declinada a competência* a esta Suprema Corte, ou *desmembrados* os autos neste STF, e uma vez *não reconhecido*, posteriormente, detentor de prerrogativa implicado nos fatos, ou perdida a prerrogativa por motivo superveniente (exemplo: extinção do mandato parlamentar), os *autos originais* são *remetidos*, por *declinação de competência*, ao juízo de instância inferior para, se o caso, *prosseguir* com a investigação, mantida, em arquivo, *cópia integral* do expediente nesta Suprema Corte (INQ 4189, de minha relatoria, INQ 3983, Rel. Min. INQ 3158 AGR / RO Teori Zavascki, PET 5660, Rel. Min. Luiz Fux). Ocorrendo o contrário, “O inquérito ou a ação penal, que retornar ao Tribunal por restabelecimento da competência por prerrogativa de foro, será distribuído ao Relator original” (artigo 74, §1º, do RISTF), devendo, com a declinação de competência, ser encaminhados os *autos originais* a esta Suprema Corte para *prosseguir* com a investigação a partir do estado em que ela se encontrar (artigo 230-A do RISTF);

(v.iv) num ou em outro caso (v.ii e v.iii, primeira parte), pode o Relator *excluir da remessa* as peças do processo que digam respeito *exclusivamente* ao detentor de prerrogativa (exemplo: quebra de sigilos bancários, telefônicos ou outras diligências, porventura realizadas aqui nesta Suprema Corte, ligadas a *direitos fundamentais* do investigado), ou, *ao contrário*, *aproveitar* os *atos investigativos* colhidos nesta Suprema Corte para a *continuidade* das investigações nas instâncias apropriadas (HC 102293, Rel. Min. Carlos Brito, RE 810906, Rel. Min. Roberto Barroso; INQ 4116, Rel. Min. Teori Zavascki).

5. Firmadas as *premissas* acima, *acompanho*, com a devida vênia, a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin no sentido do *provimento* do agravo regimental, em ordem a *encaminhar* os autos originais à 3ª Vara Criminal de Porto Velho/RO, extraída, previamente à remessa, *cópia integral* dos autos para fins de registro e arquivo nesta Suprema Corte.

6. Tem *absoluta razão* o Ministro Marco Aurélio ao consignar que o *único investigado* nesta Suprema Corte era o detentor de prerrogativa de foro beneficiado com o *arquivamento* do feito, o que *confirma* a própria *autuação* do inquérito. Constatado, entretanto, que os autos foram encaminhados a esta Suprema Corte a partir de *declínio de competência* no primeiro grau de jurisdição, com indícios de *implicação delitiva* de outros indivíduos *sem* prerrogativa de foro. A título de exemplo, o requerimento de quebra de sigilo bancário que *inaugurou* as investigações no primeiro grau abrange *servidores estaduais* ligados ao INQ 3158 AGR / RO Partido Progressista (PP) e nele há *expressa referência* ao então Secretário da Casa Civil do Estado de Rondônia *João Aparecido Cahulla*. No mesmo sentido, como apontado pelo Procurador-Geral da República, “a autoria de João Aparecido Cahulla e Cláudio Vaz Faria já fora apurada antes da remessa dos autos ao STF (fls. 04 e 93), emergindo, nessa Corte, novos indícios no decorrer da investigação” (fl. 806-9).

6.1. Desse modo, vislumbrando o titular da ação penal pela *aparência* de práticas criminosas contra indivíduos *sem* prerrogativa de foro, *antes da declinação de competência* a esta Suprema Corte, tenho como mais adequado – e consentâneo com a prática que observo em casos análogos – o encaminhamento dos *autos originais* ao *juízo declinante* para, se o caso, o órgão do Ministério Público na origem *prosseguir* na investigação, com o *aproveitamento* dos atos até então praticados (premissas v.ii e v.iii, acima).

6.2. Tenho defendido atuação judicial *comedida* em sede de investigações preliminares. Não me cabe definir, nesse momento ainda bastante *embrionário*, os limites *subjetivos e objetivos* da investigação, pois “(...) o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições do Procurador-Geral da República” (Inq 2913-AgR, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, DJe de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o verdadeiro destinatário das diligências executadas (Rcl 17649 MC, Min. CELSO DE MELLO, DJe de 30/5/2014). (Inq. 3992 Mérito, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/12/2015).

7. Provejo, portanto, o agravo regimental.

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158 / RONDÔNIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, com as razões que já expus.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NO INQUÉRITO Nº 3.158

PROCED.: RONDÔNIA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATORA DO ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): NASCIMENTO ALVES PAULINO (15194/DF)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo regimental; e do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, que o provia, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 30.8.2016. **Decisão:** Por maioria de votos, a Turma deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Senhora Ministra Rosa Weber, redatora do acórdão, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Presidente e Relator, e Luiz Fux. Primeira Turma, 7.2.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

P/ Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA-ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do §3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de outubro de 2016.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

12/08/2015
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA-ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Procurador-Geral da República busca a declaração de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, da Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

Assevera ter instruído a ação com representação formalizada pela Procuradoria da República no Estado do Ceará.

Sustenta o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215. Afirma ser necessário dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente. Consoante articula, a lei impugnada não encontra respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta.

Discorre sobre a vaquejada, apontando ser prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada. Destaca o caráter histórico da atividade, ligada à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, e a transformação, com o tempo, em espetáculo esportivo altamente lucrativo, movimentando “cerca de R\$ 14 milhões por ano”.

Ressalta que, diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduz, isso faz com que o boi

corra “quando aberto o portão”, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado. Indica laudo técnico, conclusivo, subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, a demonstrar a presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com conseqüente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental.

Reporta-se a estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, revelador de lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatia focal e, por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Afirma, ante os dados empíricos, implicar a vaquejada tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas.

Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos. Cita precedentes – relacionados à “briga de galos”: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à “farra do boi”: Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, apreciado em 3 de junho de 1997.

Frisa que a solução adotada nesses precedentes, no sentido de prevalência da norma constitucional de preservação do meio ambiente e correspondente imposição de limites jurídicos às manifestações culturais, deve ser observada na espécie, presente a crueldade dispensada aos animais.

Sob o ângulo do risco, assevera a possibilidade de ocorrência de danos irreversíveis haja vista estarem submetidos a tratamento cruel. Postulou a concessão de liminar para suspender a eficácia da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade desse diploma legal.

Acionei o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 1999, determinando fossem solicitadas informações ao órgão responsável pelo ato questionado bem como colhidos a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

O Governo do Estado do Ceará pronunciou-se em duas oportunidades. Na primeira, discorreu sobre a importância histórica da vaquejada. Defendeu a constitucionalidade da norma atacada, porquanto, ao regulamentar o esporte, teria protegido os bens constitucionais ditos violados, impondo a prática adequada do evento e estabelecendo sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos. Afirmou obrigar a lei a adoção de medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais. Sustentou haver sido a vaquejada reconhecida como “prova de rodeio”

pela Lei federal nº 10.220, de 11 de abril de 2001, e os praticantes do esporte, atletas profissionais. Aduziu cuidar-se de direito cultural amparado pelo artigo 215 da Carta da República, além de servir de incentivo ao turismo e fonte de empregos sazonais, de alta relevância para a economia local.

Na segunda, apontou, preliminarmente, a inépcia da inicial, ante a veiculação de alegações genéricas, e a inadequação da via eleita, em virtude de a proclamação pretendida depender da apreciação de questões fáticas. Alegou a ausência de impugnação quanto à aludida Lei federal nº 10.220, de 2001, por meio da qual a vaquejada foi classificada como rodeio, o que impediria a apreciação do pedido formulado nesta ação considerada a impossibilidade de assentar a inconstitucionalidade da norma da União por arrastamento. Quanto ao mérito, salientou que a vaquejada faz parte da cultura da região, revelando patrimônio histórico do povo nordestino, direito fundamental coletivo previsto no artigo 216 da Carta de 1988. Ressaltou a impropriedade da defesa apriorística do meio ambiente natural em detrimento do cultural, devendo tal análise ser realizada diante do caso concreto. Destacou que a legislação questionada atende à exigência de desenvolvimento econômico sustentável. Enfatizou não se confundir a vaquejada com os casos de “brigas de galo” e “farra do boi”, pois inexistente crueldade com os animais, como ocorria nos mencionados eventos declarados inconstitucionais pelo Supremo.

Embora oficiada, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará não apresentou manifestação.

A Advocacia-Geral da União diz da procedência do pedido. Explicita que a prática da vaquejada, embora deva ter o reconhecimento como valor cultural, expõe os animais a maus-tratos e crueldade. Aduz estar presente conflito entre os artigos 225, §1º, inciso VII, e 215 do Diploma Maior, tendo o Supremo julgado a favor da proteção ao meio ambiente, quando reveladas situações de tratamento cruel a animais, ainda que dentro do contexto de manifestações culturais. Articula caber a observância dessa jurisprudência no caso concreto.

A Procuradoria Geral da República reitera as razões expostas na inicial para opinar pela acolhida do pleito.

Admiti a Associação Brasileira da Vaquejada - ABVAQ na qualidade de terceira. É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O pedido versa a inconstitucionalidade de lei do Estado do Ceará por meio da qual a vaquejada foi regulamentada como prática desportiva e cultural.

Antes de examinar as questões preliminares e de mérito envolvidas, faço registro quanto à posição assumida pelo Advogado-Geral da União. Confesso, mais uma vez, não poder silenciar a respeito, tendo em conta o texto da Carta da República.

A atuação do Advogado-Geral recebeu disciplina diversa da atinente ao Procurador-Geral da República, em relação ao qual a Carta, no §1º do artigo 103, prescreve que “deverá ser previamente ouvido” no controle abstrato de constitucionalidade, tendo, como fiscal da lei, campo para pronunciar-se, mesmo em ação que haja formalizado, a favor do acolhimento do pedido formulado ou contra este. Com todas as letras, o §3º do aludido preceito constitucional não dá margem ao curador para atacar o curatelado. Como disse Carlos Roberto de Alckmin Dutra, “o caráter cogente da norma está evidente em sua própria redação” (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.224) – o papel da Advocacia-Geral da União, a justificar a atuação, é o de proteção ao ato normativo impugnado.

O Advogado-Geral da União não trouxe ao processo peça defendendo a lei questionada. Ao contrário, deu parecer no sentido de o Tribunal declará-la incompatível com o Diploma Maior. Deixou, portanto, de cumprir o preceito constitucional.

PRELIMINARES

O Governador do Estado do Ceará arguiu a inépcia da inicial, sustentando a formulação de alegações genéricas, a inadequação da via eleita, em razão da necessidade de apreciação de questões fáticas, e a impossibilidade de exame do pedido, porque deixou de ser impugnada a Lei federal nº 10.220, de 2001, por meio da qual a vaquejada foi classificada como rodeio.

Não procede o que apontado. Na petição inicial, os fundamentos jurídicos do pleito vieram expostos de forma analítica, sendo feitas específicas referências aos dispositivos questionados e demonstrados os motivos a levarem à declaração pretendida. O crivo atinente à inconstitucionalidade há de ser feito em abstrato, considerada a relação da lei atacada com o versado no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta, e não em concreto, presentes as relações subjetivas envolvidas.

No tocante à falta de interesse, a ausência de impugnação da Lei federal nº 10.220, de 2001, não prejudica o julgamento do pedido formulado nesta ação, haja vista a aludida norma não ser suficiente a autorizar a prática se proclamada a inconstitucionalidade do ato local. Independentemente de o pleito envolver ou não o Diploma da União, o eventual reconhecimento da pecha quanto à regência ocorrida no estado-membro se mostrará suficiente à proibição do evento.

MÉRITO

Mediante a Lei nº 15.299/2013, o Estado do Ceará regulamentou a prática da vaquejada, na qual dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada. O Procurador-Geral

acusa a exposição dos animais a maus-tratos e crueldade, enquanto o Governador do estado defende a constitucionalidade da norma, por versar patrimônio cultural do povo nordestino. Há, portanto, conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais – de um lado, o artigo 225, §1º, inciso VII, e, de outro, o artigo 215.

O artigo 225 da Carta Federal consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.523). Como direito de todos, a manutenção do ecossistema também a esses incumbe, em benefício das gerações do presente e do futuro. O indivíduo é considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção, daí por que encerra verdadeiro “direito-dever” fundamental (CRUZ, Branca Martins da. Importância da Constitucionalização do Direito ao Ambiente. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.202).

Quanto a se fazer presente essa via de mão dupla, não existe nem pode existir controvérsia. O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito. Ante essa circunstância, não raro fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.284, de minha relatoria, relativo à criação da “Reserva Extrativista Verde para Sempre”, depois de afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,” o qual impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, aponte que, considerado o disposto no artigo 225, “conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último”. O comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo.

Mais controvertido apresenta-se o conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício dos direitos culturais, exatamente o que ocorre na situação concreta.

O Tribunal enfrentou a problemática, pela primeira vez, no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Rezek, apreciado em 3 de junho de 1997, acórdão por mim redigido, julgado que ficou conhecido como “caso farra do boi”. Pretendia-se a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada “Festa da Farra do Boi”. Aqueles que defenderam a manutenção afirmaram ser uma manifestação popular, de caráter cultural, entranhada na sociedade daquela região. Os que a impugnam anotaram a crueldade intrínseca exercida contra os animais bovinos, que eram tratados “sob vara”

durante o “espetáculo”. O relator assentou a inconstitucionalidade da prática, destacando a maldade a que eram submetidos os animais. Também assim votei, asseverando não se cuidar “de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República”, mas de crueldade ímpar, onde pessoas buscam, a todo custo, “o próprio sacrifício do animal”, ensejando a aplicação do inciso VII do artigo 225.

Da mesma maneira, foram declaradas inconstitucionais leis estaduais porque favoreciam o costume popular denominado “briga de galos”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, julgada em 29 de junho de 2005, foi declarada inconstitucional lei do Estado de Santa Catarina por autorizar “práticas que submetam os animais à crueldade”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, da relatoria do ministro Celso de Mello, apreciada em 26 de maio de 2011, o Tribunal voltou a assentar a inconstitucionalidade de norma – Lei nº 2.895/98 – que permitiu a “competição galística”. Na ocasião, o relator destacou que o Supremo, “em tema de crueldade contra animais, tem advertido, em sucessivos julgamentos, que a realização de referida prática mostra-se frontalmente incompatível com o disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República”.

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Cabe indagar se esse padrão decisório configura o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia constante deste processo. A resposta é desenganadamente afirmativa, ante o inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada.

Consoante asseverado na inicial, o objetivo é a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado.

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatia focal e, por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta da República.

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento à custa do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do §1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, examinei a matéria e, com a devida vênua do eminente Relator, cheguei à conclusão oposta. Parece-me que o tema que está vertido para o exame dos ilustres Pares, não obstante tenha a complexidade que o Ministério Público Federal suscitou ao início, e, com essa premissa, estamos – creio – de acordo, evidencia-se a questão a partir de uma afirmação que colho da página 6 da própria petição inicial.

O Ministério Público Federal, na página 6 da inicial, diz: A vaquejada, mantendo a tradição cultural à técnica, ...

Portanto, há um reconhecimento, na própria petição inicial, de tratar-se de uma manifestação cultural. E, nesse sentido, esse reconhecimento parece-me atrair o *caput* e o §1º do art. 215 da Constituição Federal.

O §1º, por si só, já indica, no meu modo de ver, uma outra direção. Sendo do seu dispositivo:

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Esse é o texto da Constituição. Portanto, o que se entende por processo civilizatório, com a devida vênia, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam insculpidas como tradição cultural. Ao contrário, numa sociedade aberta e plural, como a sociedade brasileira, a noção de cultura é uma noção construída, não é um *a priori*, como aliás está na obra de Tânia Maria dos Santos. E se encontra, no nosso modo de ver, umbilicalmente ligada a uma noção mais ampla do que se tenha por meio ambiente, como está na obra de Paulo Natalício Weschenfelder, que está no voto que proponho ao colegiado.

Portanto, a partir do que consta da petição inicial e desse dispositivo da Constituição, com a devida vênia, concluo, no caso, por reconhecer a constitucionalidade, portanto, julgando improcedente o pedido, tal como manifestado pelo Ministério Público Federal.

E, atento a essas questões atinentes à eventual crueldade, a petição inicial faz referência a um conjunto de estudos. Não obstante alguns publicados, há disposição desses trabalhos na *internet*, mas não há, junto com a inicial, nenhuma demonstração que, no nosso modo de ver, restasse cabal para aproximar essa matéria do caso da farra do boi ou da rinha de galos.

No nosso modo de ver, há uma distinção entre essas três hipóteses, e, no acórdão para o qual foi Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, que tratou da chamada festa da farra do boi, ficou assente, pela prova coletada e trazida ao exame, a existência de crueldade com os animais. E não me parece que, neste caso, tenha havido.

Portanto, permitam apenas indicar, então, num breve parágrafo que sintetiza o nosso modo de ver:

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade.

Sendo a vaquejada manifestação cultural, como aliás está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo

§1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país.

Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja. Eu estou citando essa expressão criar, fazer e viver, que se encontram nos exatos termos do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal.

Por essas razões e pela distinção que indico aqui nessa proposição de voto entre a chamada farra da festa do boi e a rinha de galos, estou, com a devida vênia do eminente Relator, Senhor Presidente e ilustre Pares, propondo julgamento improcedente do pedido contido na presente.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu gostaria de cumprimentar Vossa Excelência e cumprimentar também o cuidadoso voto do Ministro Marco Aurélio. Mas dizer, desde logo, que a manifestação do Ministro Marco Aurélio me assustou um pouco, porque eu também não via a possibilidade de se fazer uma aplicação daqueles precedentes anteriores, tanto da farra do boi, quanto o da rinha de galo, a esta situação.

E ainda que, em alguns casos, nós possamos ter situações em que há possível lesão ao animal, talvez a medida não devesse ser a de proibição da atividade, tendo em vista exatamente esse forte conteúdo cultural, mas pensar em medidas que, como foi dito da tribuna pelo Doutor Almeida Castro, contribuíssem para cumprir o desiderato preconizado pelo próprio legislador. Medidas que suscitam a ideia de um dever de proteção que compete ao Poder Público em geral no zelo que se deve ter para com o meio ambiente, a fauna, a flora, os animais, em suma.

Então, a mim, parece-me que, se levarmos todas essas questões a ferro e fogo, certamente teremos que dizer que o animal não está no estado natural, por exemplo, quando participa ou quando é obrigado a participar destas situações: a Festa do Peão, em Barretos; a corrida de cavalos.

Em suma, a vida vai ficar muito aborrida, quer dizer, vai ficar muito chata. É engraçado, no Direito brasileiro, não se colocou isso de maneira expressa – tenho insistido nisso –, mas aparece no artigo 2º da Lei Fundamental de Bonn como um desdobramento da Lei de Weimar, da Constituição de Weimar, que é a ideia de que a liberdade envolve também o chamado *Selbstentfaltung der Persönlichkeit*, que é a ideia de autodesenvolvimento da personalidade que tem a ver com esses direitos de caráter cultural. Quer dizer, como nos manifestamos, enquanto ser, numa dada comunidade? Quer dizer, quebrar uma praxe desta? Pode ser que, nas tradições indígenas, haja festas – e certamente há algumas – que podem ter um dado tipo de

prática. Nós sabemos também que, nesse âmbito, talvez não fossem condizentes com determinados parâmetros que consideramos dignos do nosso processo civilizatório. Mas a própria ideia de pluralismo exige que atuemos, aqui, com um *self restraint*, com algum tipo de moderação.

A mim, preocupa-me bastante que nós, a partir de referenciais um tanto quanto abstratos, comecemos a tentar quebrar práticas que remontam a tempos às vezes imemoriais. Como se está dizendo, isso já vem das práticas dos tempos reinóis do Brasil Colônia e há registros na própria literatura, tentativas até mesmo de regulação do clássico Câmara Cascudo.

Em suma, então temos que agir como uma certa moderação sob pena de estimularmos, inclusive em casos desse tipo de reação e de prática cultural, a clandestinidade. O que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada. E a atuação do Ministério Público, ao meu ver, tal como já foi sustentado, deveria ser no sentido de contribuir para o aprimoramento de forma conforme e condizente com os ditames modernos de proteção ao meio ambiente, à fauna, à flora etc.

De modo que, assim, também vou pedir vênia, Presidente, ao Ministro Marco Aurélio, mas a mim, parece-me que é iluminada, neste momento – sem dizer que seja obscuro o voto de Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio –, a manifestação do Ministro Fachin porque ela traz aspectos importantes que me lembram o meu mestre, Professor Peter Häberle, a propósito de Constituição como cultura. E foca um outro aspecto importante: o artigo 215.

Lembro-me que temos uma série de considerações a propósito desse tema. O próprio Texto Constitucional – e aqui fala da tentativa de desenvolvimento do desporto –, no artigo 217, também ajudando no raciocínio sobre o desporto, diz:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

(...)

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

Veja que, neste ponto, nós temos um tipo de desporto. Eu me lembro que o Ministro Moreira Alves, em tom de certa troça, revelando um pouco de bom humor, dizia que esse esporte de base nacional, tal como era conhecido, talvez fosse o jogo de bicho, e com uma certa associação, especialmente quando os bicheiros tinham que fugir da polícia. Aqui nós vemos que há uma prática que foi desenvolvida e que tem esse caráter de esporte, como tem acontecido também com esses esportes relacionados com a montaria de bois, cavalos etc.

De modo que eu entendo que, se essa legislação carece de alguma censura, há de ser na sua execução, a necessidade de um eventual aperfeiçoamento, de eventuais

medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesão aos animais, mas não me parece que seja o caso de declarar a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional – esses números são impactantes –, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia.

De modo que a mim me parece que essa decisão teria consequências extremamente danosas para todo um sistema regional de cultura. E volto a dizer: se, e claro, não se tem garantia de que não haverá lesão ao animal, embora a lesão não seja a regra, diferentemente do que acontece com a farra do boi em que se sabe que, de início, o propósito é matar o animal, ou mesmo desse espetáculo da rinha de galo, aqui, o propósito parece ser de alcance desportivo em sentido amplo. A mim me parece, então, que essa deveria ser a solução tal como preconizado pelo Ministro Fachin, a quem saúdo pelo belíssimo voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu apenas gostaria – sem votar ainda – de dizer aos eminentes Pares, como venho do Tribunal de Justiça de São Paulo, queria registrar que a jurisprudência do nosso Tribunal paulista é muito vasta no sentido de proibir qualquer tipo de instrumento que possa causar lesões aos animais nas vaquejadas.

Há inúmeros e inúmeros acórdãos. Eu mesmo participei de vários julgamentos, numa Câmara de Direito Público que integrei, onde se proibia esporas com rosetas cortantes, o famoso sedém, que é aquela tira de couro que é apertada sobre os rins dos animais, choques elétricos e o uso de outros instrumentos contundentes.

Em São Paulo, como se sabe, a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos, famosa, continua ocorrendo, mas sem que se provoque lesões ou ferimentos ou sofrimento nos animais. Talvez a Corte possa, eventualmente, chegar a um meio termo, ao invés de se proibir inteiramente ou permitir sem restrições esse tipo de prática, quiçá, chegar a um ponto em que se vede o sofrimento dos animais e se permita a continuidade desse esporte.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VISTA

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, eu gostaria de antecipar meu pedido de vista.

Ouvi, com grande interesse e impressionado, o voto do eminente Ministro Marco Aurélio e ouvi o contraponto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

Como quase todos aqui, estudei Direito – até cruzei com alguns bois e vacas no caminho, mais vacas do que bois, até porque meu pai tinha uma fazendola que produzia leite –, mas acho que aqui há uma implicação cultural relevante, e há uma implicação relevante de saber se há crueldade e o nível de crueldade. E esta não é uma questão de escolha, nem de ponderação em abstrato, esse é um fato da vida. Portanto, eu gostaria de me instruir melhor sobre a real situação de fato, porque, evidentemente, se há uma manifestação cultural legítima que causa dramática crueldade ao animal, eu não teria dúvida de me manifestar contra. Se há uma manifestação cultural que não causa, como regra, um sofrimento irrazoável ao animal, eu acho que a visão deve ser diferente. E não me sinto, nesse momento e nesse ponto de observação, em condições de arbitrar esse conflito de interesses, na verdade, essa colisão de bens constitucionais.

Então, por essa razão, Presidente, eu gostaria de pedir vista, menos por uma questão de direito, mais por uma questão de fato. Mas gostaria de ouvir, independentemente disso, o eminente Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu vou, evidentemente, aguardar, como sempre, o voto profícuo do Ministro Luís Roberto Barroso. Mas, a respeito do que Vossa Excelência destacou, que a Corte eventualmente pudesse chegar a um meio-termo, eu também não entendo de vaquejada, não sei que tipo de regra se poderia estipular.

Há esportes de confronto regulados pela lei que se encartam dentro da autorização do titular do bem jurídico ofendido, como os esportes de contato em geral. São regulados, são esportes que são engendrados entre seres humanos e que são regulados, mas com regras que levam a que não se ultrapasse o limite da razoabilidade.

Então, como o Ministro Luís Roberto vai levar em consideração todos os fatos e pediu vista, eu também somente gostaria de destacar, como Vossa Excelência sugeriu um meio-termo, que nós estamos enfrentando uma lei, a inconstitucionalidade de uma lei, que vem exatamente ao encontro da Constituição Federal. Ou seja, é uma lei que privilegia as tradições culturais, mas, ao mesmo tempo, muito embora o peão seja considerado um profissional por uma lei federal e a vaquejada seja considerada um esporte pela lei federal – que não essa –, essa própria lei faz uma ponderação desses valores, no meu modo de ver. Muito embora, na parte fática, eu não tenha esse conhecimento que, aqui, o Ministro Marco Aurélio explicitou, mas ela impõe que ficam obrigados os organizadores do evento – da vaquejada – a adotar medidas de proteção e integridade física do público, do vaqueiro e do animal. E estabelece, aqui, algumas regras sancionatórias, quando há uma lesão ao animal.

Então, eu tenho que, para mim, *mutatis mutandis*, nós temos que levar em consideração também essa prática que Vossa Excelência se referiu, porque aqueles pinotes que o cavalo dá nos rodeios, eles custam caro ao animal. É uma técnica que é bastante sacrificante para o animal. De sorte que tudo isso nós temos que... eu só estou trazendo esse elemento para que Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Eu achei interessante a analogia nos esportes de contato que realmente há uma – digamos – autorização do contendor, mas, aqui, no caso do boi, eu teria dificuldade de aplicar a analogia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, mas faz as vezes do representante do boi, o Estado. O Estado é representante do boi, que evita que ele seja sacrificado, foi basicamente isso que eu fiz.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Eu peço vista, Presidente, para me informar e colher, talvez, opiniões técnicas e aí voltamos a discutir.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não. Agradeço a Vossa Excelência o cuidado que sempre tem em analisar melhor a matéria, a matéria realmente é controversa.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

PROCED.: CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA-ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavaski. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

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, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Assessora-Chefe do Plenário

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: PROTEÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS VERSUS VEDAÇÃO DE CRUELDADE CONTRA ANIMAIS.

1. A vedação de práticas que submetam animais a crueldade, prevista no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, constitui proteção constitucional autônoma, devendo-se resguardar os animais contra atos cruéis independentemente de haver consequências para o meio-ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, *caput* e §1º) e, de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, §1º, VII), tem sido firme no sentido de interditar manifestações culturais que importem crueldade contra animais. Nessa linha: RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998; ADI 2.514, Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005; ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007; ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011.

3. Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas

graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução.

4. É permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente para declarar inconstitucional lei estadual que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural.

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a Lei nº 15.299, de 08.01.2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. O ato impugnado possui o seguinte teor:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

2. Em síntese, o requerente alega violação ao art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, que, ao dispor sobre o meio ambiente, veda práticas que “submetam os animais a crueldade”. A peça inicial discorre sobre a prática da vaquejada, reconhecendo o caráter histórico desta atividade considerada esportiva e culturalmente fundada na região Nordeste do Brasil. Por outro lado, transcreve laudo técnico e estudo reveladores da ocorrência de lesões sofridas em bois e cavalos usados nas competições. Conclui, que, ante os relatos técnicos, a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade.

3. O Governador do Estado do Ceará se manifestou em duas oportunidades. Na primeira delas, defendeu a constitucionalidade do ato impugnado. Na segunda, arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial, baseando-se nos argumentos de que a alegação de inconstitucionalidade teria sido genérica e de que a via eleita seria inadequada, pois, segundo entende, o pedido formulado dependeria da apreciação de questões fáticas.

4. Embora instada a se manifestar, a Assembleia Legislativa estadual não prestou informações.

5. Já o Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido. Eis a síntese da manifestação:

Constitucional. Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como atividade desportiva e cultural. Alegação de ofensa ao artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República, que impõe ao Poder Público o dever de proteção da fauna, vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade. Preliminar. Inobservância do ônus da impugnação específica. Mérito. A submissão dos animais a situações de maus-tratos não encontra amparo na Constituição da República, mesmo que realizada dentro do contexto de manifestações culturais. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido formulado pelo requerente.

6. O Procurador-Geral da República reiterou as razões expostas na inicial, manifestando-se pela procedência integral do pedido, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará. Vaquejada como prática cultural e atividade desportiva. Preliminar. Alegação de pedido genérico. Não configuração. Relação entre fundamentos fáticos e jurídicos e o pedido. Ação que ataca todo o diploma legal, por inconstitucionalidade em bloco. Mérito. Situação notória de maus tratos a animais. Prática inconstitucional, ainda que realizada em contexto cultural. Direito ao meio ambiente. Necessidade de proteção da fauna. Procedência. Parecer pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.

7. A Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ foi admitida no feito como *amicus curiae*.

8. O eminente relator, Min. Marco Aurélio, julgava procedente o pedido. Em seu voto, assim se pronunciou:

O ato repentino e violento de tracionar o touro pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam ação a implicar descompasso com o que preconizado no art. 225, §1º, inciso VII, da Carta da República. (...) Inexiste a mínima possibilidade de o touro não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.

9. O eminente Ministro Edson Fachin, por sua vez, abriu divergência ao votar pela improcedência do pedido, assentando em seu pronunciamento:

Sendo a vaquejada manifestação cultural, encontra proteção expressa na Constituição (art. 215, *caput* e §1º) e não há razão para se proibir o evento e competição que reproduzem e validam tecnicamente a atividade de captura própria do trabalho de vaqueiros e peões desenvolvida na zona rural deste grande país.

(...) A vaquejada... visa apenas à dominação do animal mediante técnicas tradicionais que são passadas de pai para filho ao longo do tempo, sem, contudo, impingir-lhe sofrimento que ultrapasse o necessário ao atingimento do objetivo mencionado.

10. O Ministro Gilmar Mendes também antecipou seu voto acompanhando a divergência.

11. Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão.

II. PRELIMINAR

12. Rejeito, de início, as preliminares de inépcia da inicial arguidas, e o faço nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio. As impugnações feitas pela requerente são suficientes e a ausência de impugnação da Lei federal nº 10.220/2001 não impede a análise da constitucionalidade da lei questionada na presente ação, “haja vista”, como bem pontuou o Relator, “a aludida norma não ser suficiente a autorizar a prática se proclamada a inconstitucionalidade do ato local. Independentemente de o pleito envolver ou não o Diploma da União, o eventual reconhecimento da pecha quanto à regência ocorrida no estado-membro se mostrará suficiente à proibição do evento”.

III. MÉRITO: AS QUESTÕES JURÍDICAS, FÁTICAS E ÉTICAS EM DISCUSSÃO

13. A solução do caso reclama o equacionamento de duas questões principais: (i) a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade? (ii) Ainda que submeta animais a crueldade, a vaquejada é protegida pela Constituição, haja vista ser uma manifestação cultural? Como ficará claro adiante, essas não são questões que podem ser respondidas a partir apenas de raciocínios jurídicos. Ao contrário, elas exigem também a consideração de questões relacionadas a aspectos fáticos da atividade, bem como à ética animal, um campo que tem ganhado progressiva importância na filosofia moral. Antes de mais nada, porém, é pertinente uma breve explicação sobre a própria prática questionada. É o que se passa a fazer.

PARTE I A VAQUEJADA

I. A PRÁTICA DA VAQUEJADA

14. A origem das vaquejadas remonta às práticas pecuárias nordestinas dos séculos XVII e XVIII.¹ Àquela época, as fazendas de pecuária bovina não tinham sua extensão delimitada por cercas. Por essa razão, vaqueiros eram convocados por fazendeiros para separar seus bois e vacas que se misturavam aos de outras fazendas. Essa prática era conhecida como “apartação”. Com o passar do tempo, essa atividade tornou-se um evento festivo, atraindo a comunidade local. Por volta da década de 1940, vaqueiros de alguns Estados da região Nordeste começaram a divulgar suas habilidades na lida com o rebanho, por meio de uma atividade que ficou

¹ CASCUDO, Luís Câmara. *A Vaquejada Nordestina e sua Origem*. Fundação José Augusto: Natal, 1976.

conhecida como “corrida de morão”.² Ela se diferenciava da “festa da apartação” por ser realizada nos pátios das fazendas, já agora delimitadas e cercadas. Após alguns anos, pequenos fazendeiros de várias partes da região Nordeste começaram a promover uma competição de derrubada de bois, na qual os vaqueiros vencedores recebiam como prêmio uma quantia em dinheiro. Essas competições passaram, então, a ser chamadas de vaquejadas.

15. Nas últimas décadas do século passado, a prática evoluiu, tornando-se uma atividade com características de esporte, na qual dois competidores a cavalos perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova. O objetivo da dupla é derrubar o boi dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado “faixa”. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O “vaqueiro-esteireiro” é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o “vaqueiro-puxador”. Próximo à “faixa”, o vaqueiro-esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro-puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado.

16. Como estabelece o Regulamento Geral de Vaquejada, aprovado pela Associação Brasileira de Vaquejada: “Só será válida a queda do boi, se o mesmo, ao cair, voltar, em algum momento, as quatro patas para cima, ou lateralmente e, ao levantar-se (considerando “levantar-se” como o momento em que o boi retoma o contato das extremidades de suas 4 (quatro) patas com o solo, ou seja, o casco, de cada uma delas, tocar o solo e, se firmar completamente) estiver com as mesmas entre as duas faixas de pontuação”. Além disso, “A queda do boi só valerá se em algum momento o mesmo soltar as quatro patas, ou seja, mostrar os cascos lateralmente”. Diz ainda o regulamento: “Se, após cair e antes de se firmar, o boi, ficar com, no máximo, metade (50%) ou menos, para fora da segunda faixa, será permitido aos competidores trabalhar a fim de reposicionar o animal entre as faixas, desde que não haja pisoteamento do bovino”. Se o boi, quando tombado, ficar por um instante com as quatro patas voltadas para cima, o juiz declara ao público “Valeu boi!”, bordão usado para sinalizar que a dupla de vaqueiros ganhou pontos. Se, pelo contrário, o boi não voltar às quatro patas para cima ao ser derrubado, ele declara “Zero boi!”, e a dupla não pontua.

17. Nos dias de hoje, a vaquejada é considerada pela própria Associação Brasileira de Vaquejada, uma “atividade recreativa-competitiva, com características de esporte”. A partir do início da década de 1990, a vaquejada se transformou em um grande evento, atraindo multidões que se interessam não apenas pela competição, mas também pelas atrações do evento, sobretudo pela exibição de artistas musicais regionais e nacionais. Nesses eventos, com duração geralmente de três dias, são

² ALVES, Celestino. *Vaqueiros e Vaquejadas*. Natal: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1986.

ofertados prêmios em quantias elevadas de dinheiro, a serem repartidas entre os vaqueiros que vencem disputas em distintas categorias. Apesar da sua modernização, considerando a ampla proteção das culturas conferida pela Constituição em seu art. 215, não há como negar a ela o caráter de manifestação cultural tradicional.

18. Mas o fato de a vaquejada ser uma manifestação cultural não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais. E, com efeito, trata-se de prática que tem sido objeto de crescente questionamento e crítica por parte dos defensores dos direitos dos animais. A esse propósito, é de relevo assinalar sua proibição, por meio de lei, em Barretos³, cidade brasileira mundialmente conhecida pela Festa do Peão de Boiadeiro, considerada por muitos o maior festival de práticas esportivas ligadas à pecuária brasileira.

19. De outra parte, embora tenham se multiplicado os críticos, a vaquejada tem inúmeros defensores, existindo inclusive uma associação nacional de apoio e regulamentação da prática, que figura nesses autos como *amicus curiae*. Todos eles enfatizam não apenas o aspecto da tradição cultural como também sua relevância para as economias locais. O tema não é banal e envolve uma evidente tensão entre bens jurídicos tutelados constitucionalmente: de um lado, a proteção de manifestações culturais populares (art. 215, *caput*, e §1º, CF) e, de outro, a proteção dos animais contra a crueldade (art. 225, §1º, VII, CF).

20. Antes de analisar as questões constitucionais envolvidas no caso, é oportuno abrir um tópico para reflexão acerca das profícuas discussões que se têm desenvolvido no âmbito da ética animal. Nesse domínio, antecipe-se desde já, tem-se evoluído para entender que a vedação da crueldade contra animais, referida no art. 225, §1º, VII da Constituição, já não se limita à proteção do meio-ambiente ou mesmo apenas a preservar a função ecológica das espécies. Em outras palavras: protegem-se os animais contra a crueldade não apenas como uma função da tutela de outros bens jurídicos, mas como um valor autônomo.

PARTE II

O DEBATE NA ÉTICA ANIMAL SOBRE BEM-ESTAR E DIREITOS DOS ANIMAIS

I. BREVE NOTA SOBRE A EVOLUÇÃO DAS ATITUDES DOS HOMENS EM RELAÇÃO AOS ANIMAIS

21. A história da relação entre homens e animais no ocidente é inegavelmente marcada pela dominação, controle e exploração.⁴ Por muito tempo, permaneceu quase inquestionada a visão tradicional de que todas as criaturas foram criadas para o bem do homem, sujeitas a seu domínio e destinadas a seu uso e necessidades. Embora

³ Lei municipal nº 4.446/2010: “Art. 2º. Fica expressamente vedada a realização de qualquer tipo de prova de laço e/ou vaquejada”.

⁴ *Cf.*, sobretudo, RYDER, Richard. *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. London: Bloomsbury Academic, 2000.

estudiosos contemporâneos possam apontar hoje narrativas bíblicas conflitantes, os teólogos do início da era moderna, de modo geral, não tinham dificuldades para interpretar o relato bíblico da criação divina como fundamento para o domínio do homem sobre as demais espécies. Das escrituras eles extraíam a conclusão segundo a qual o único propósito dos animais era servir ao homem, para cujo benefício foram feitas todas as demais criaturas existentes.

22. Mas os escrúpulos quanto ao tratamento de outras espécies como submissas ao homem eram colocados de lado pela firme convicção não apenas religiosa de que havia uma diferença ontológica entre a humanidade e outras formas de vida. Na história da filosofia ocidental, argumentos antropocêntricos elaborados por intelectuais reputados exerceram grande influência no pensamento a propósito da posição dos animais entre os homens. Esses argumentos têm suas raízes em Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes e Kant. As distintas visões desses filósofos sobre a posição dos animais estavam ligadas por uma lógica subjacente: a de que apenas os seres humanos são dignos de consideração moral, pois somente eles são dotados de racionalidade e são moralmente responsáveis. Consequentemente, para esses pensadores, os animais não mereciam a mesma consideração moral que os humanos devem uns aos outros ou, para os mais extremados, não seriam eles mercedores de consideração alguma.

23. Mas foi a doutrina cartesiana da singularidade humana a tentativa mais radical de acentuar a diferença entre o homem e as demais espécies. Tratava-se da tese de que os animais são meros seres autômatos, tais como as máquinas, completamente incapazes não apenas de raciocinar, mas de experimentar prazer ou dor, de modo que as reações que produziam após serem instigados seriam meros reflexos ou espasmos, sem qualquer relação com a ideia de consciência. Esta visão, que legitimava o tratamento degradante e a imposição de sofrimentos aos animais,⁵ é hoje largamente superada. Aliás, embora tenha sido dominante por longo período, contou com notáveis opositores ao longo da história.⁶ De modo que a ideia de que os humanos têm pelo menos algumas obrigações para com os animais não pode ser considerada nova, embora tenha se sofisticado muitíssimo no século passado, como se verá a seguir.

II. O EMBATE ENTRE AS CORRENTES DO BEM-ESTAR E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

24. Pode-se dizer que o movimento moderno para a defesa dos animais teve sua origem em 1824, com a criação da *Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, na Inglaterra. Mas até o final da década de 1960, prevalecia a ideia segundo a qual não havia nada inerentemente errado com o uso de animais para a alimentação, experimentação e entretenimento de seres humanos, se os benefícios totais decorrentes dessas práticas superassem o sofrimento dos animais utilizados e desde que se garantisse que eles não fossem submetidos, desnecessariamente, a crueldade.

⁵ THOMAS, Keith. *Man and the Natural World*. New York: Oxford University Press, 1996, caps. 1 e 2.

⁶ Cf. STEINER, Gary. *Anthropocentrism and Its Discontents: The Moral Status of Animals in the History of Western Philosophy*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

25. Entretanto, um grupo de filósofos criado, em 1970, na Universidade de Oxford, para investigar por que a condição moral dos animais não humanos era necessariamente inferior à dos seres humanos, deu início a um movimento em defesa dos animais provido de maior vigor intelectual e de mais avançado conhecimento científico. A partir de então, vários trabalhos foram publicados ao redor do mundo, com especial destaque ao seminal *Animal Liberation*, de Peter Singer, em 1975, e da publicação, em 1983, de *The Case for Animal Rights*, do também filósofo Tom Regan. Ambas as obras são representativas de uma clara polarização presente no movimento em defesa dos animais. Essa polarização se dá entre aqueles que advogam medidas voltadas ao bem-estar desses seres e os que defendem que animais têm, eles próprios, direitos morais.

26. A primeira dessas visões sustenta que a capacidade de sofrer e de sentir prazer é suficiente para se reconhecer que animais têm interesses. Assim, se um ser sofre, não haveria qualquer justificativa moral para se deixar de levar em conta esse sofrimento. Mas caso um ser não seja capaz de sofrer e de sentir prazer, não haveria nenhum interesse a ser protegido. Portanto, a *senciência* – termo utilizado na literatura especializada para dizer que um ser tem capacidade de sentir dor e prazer⁷ – seria o único atributo necessário para a consideração dos interesses dos animais.⁸ Por essa razão, pelo menos o interesse de não sofrer dos animais sencientes deveria ser assegurado. Com efeito, os que apoiam essa linha de entendimento, embora não reivindiquem o reconhecimento ou a atribuição de direitos aos animais não humanos, sustentam que as formas mais comuns de utilização desses seres não são justificáveis, já que os alegados benefícios de seu uso não se comparam ao sofrimento que a maioria experimenta. Diante disso, defendem reformas legislativas e a implementação de ações que vedem a crueldade e que sejam voltadas ao bem-estar dos animais no uso humano deles em laboratórios, fazendas, indústria alimentícia, entretenimento etc.

27. Já o movimento dos direitos dos animais sustenta que a sua utilização pelo homem em laboratórios, em fazendas, em entretenimentos ou mesmo na natureza selvagem, é errada como questão de princípio. Como consequência, deveria ser abolida, e não apenas regulamentada, uma vez que qualquer sofrimento animal seria moralmente injustificado. Defensores dessa posição fundamentam a titularidade de direitos dos animais baseados não apenas na possibilidade de esses seres sofrerem, mas por considerarem que eles também possuem algumas capacidades que seres humanos têm, sendo, por essa razão, “sujeitos-de-uma-vida”.⁹ Diferentemente do movimento do bem-estar animal, a visão baseada nos direitos sustenta que os benefícios humanos são todos irrelevantes para determinar como os animais deveriam

⁷ Muitas vezes tomada como sinônimo de sensibilidade, a *senciência*, entretanto, com ela não se confunde. Organismos unicelulares, vegetais e até mesmo termômetros apresentam sensibilidade, mas não *senciência*.

⁸ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

⁹ O conceito de *sujeitos-de-uma-vida*, criado por Tom Regan, refere-se a todos os seres que possuem capacidades sensoriais, cognitivas, conotativas e volitivas. REGAN, Tom. *A Case for Animal Rights*. Berkeley University of California Press, 2004, p. XVI. Na doutrina brasileira, cf. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Estado Constitucional Ecológico: Em Defesa dos Direitos dos Animais (Não Humanos)*. Âmbito Jurídico, v. 58, 2008.

ser tratados. Assim, nenhum ganho decorrente do uso de animais – seja na forma de dinheiro, conveniência, prazer gastronômico ou avanço científico, por exemplo – seria justificado e moralmente aceitável.

28. Portanto, enquanto a vertente do bem-estar pode ser vista como um utilitarismo aplicado aos animais, a visão baseada nos direitos é uma extensão aos animais da ideia kantiana de que os seres humanos devem ser tratados como um fim em si mesmos, nunca como um meio.

III. A CONCILIAÇÃO ENTRE AS CORRENTES DO BEM-ESTAR E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

29. O embate entre aqueles que defendem o reconhecimento de direitos aos animais e aqueles que buscam defender apenas medidas que assegurem o bem-estar das demais espécies sencientes é intenso. Mas, nele, não há vencedores nem perdedores. Ambos os lados contribuem para a formação de uma nova consciência sobre a necessidade de se atribuir aos animais um valor moral intrínseco. Portanto, embora suas posições filosóficas sejam opostas em aspectos fundamentais, é possível afirmar que intelectuais de ambos os lados têm um objetivo em comum: inspirar as pessoas a repensar a posição moral dos animais e incentivá-las a mudar seus valores e a questionar seus preconceitos quanto ao tratamento que dispensam a eles. Não é preciso escolher um dos lados para enfrentar a questão ora em exame.

30. Nos dias atuais, a maioria das pessoas concorda que não se deve impor sofrimento aos animais. E até mesmo muitos dos que criticam a ideia de direitos dos animais geralmente consideram práticas cruéis como abomináveis e reivindicam normas jurídicas que as proibam. Além disso, embora a maioria das pessoas resista à ideia radical de abolição de qualquer tipo de exploração animal pelo homem, ainda assim muitos defendem que o Poder Público deve regulamentar as práticas que envolvam animais. É imperativo reconhecer que isso tudo já sinaliza valioso avanço no processo civilizatório. É possível que se chegue algum dia a uma concepção moral dominante que conduza à abolição de todos os tipos de exploração animal. Porém, independente disso, não se deve desprezar o avanço representado pela possibilidade de regulamentação de muitas práticas envolvendo animais com vistas a evitar ou diminuir seu sofrimento e a garantir seu bem-estar.

31. É preciso reconhecer, no entanto, que o apoio à regulamentação do uso de animais em algumas práticas atrai críticas de parte dos intelectuais que defendem a imediata abolição da exploração animal.¹⁰ Alguns deles consideram que reformas que visam o bem-estar animal são mais prejudiciais que reforma nenhuma e que, como as leis voltadas ao bem-estar não provocam a imediata abolição, então todas elas devem ser rejeitadas. Essa visão é excessivamente radical. É difícil concordar com

¹⁰ Muitas dessas críticas provêm do teórico Gary Francione e daqueles que concordam com suas ideias abolicionistas e contrárias a regulamentações voltadas ao bem-estar animal. Cf. FRANCIONE, Gary. *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*.

a ideia de que a benevolência para com os animais possa ser um obstáculo contra possíveis avanços da causa. Regulamentações voltadas ao bem-estar dos animais contribuem para a formação de uma mentalidade e de uma cultura favoráveis aos avanços nessa área. E, conseqüentemente, não se deve concluir que uma ética do bem-estar seja rival de uma ética de direitos.

32. No tópico seguinte, pretende-se demonstrar que o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, §1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

PARTE III

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS CONTRA CRUELDADE NO BRASIL

I. A VEDAÇÃO DA CRUELDADE COMO TUTELA AUTÔNOMA DOS ANIMAIS

33. A Constituição de 1988 trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente, como parte da Ordem Social. No *caput* do art. 225 previu-se que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de direito que tem sido reconhecido como de caráter fundamental, por sua importância em si e por ser pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, constantes do Título II da Constituição, como o direito à vida e à saúde. Autores há que o associam diretamente à dignidade humana e ao mínimo existencial.¹¹

34. Embora a norma constitucional presente no art. 225, *caput*, tenha feição nitidamente antropocêntrica, a Constituição a equilibra com o biocentrismo por meio de seus parágrafos e incisos. É por essa razão que é possível afirmar que o constituinte não endossou um antropocentrismo radical, mas sim optou por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas. Além disso, o fato de a Constituição Federal de 1988 ser a primeira entre as constituições brasileiras a se importar com a proteção da fauna e da flora é bastante representativo dessa opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte.

35. A Constituição também avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a vedar expressamente a crueldade contra eles. Esse inegável avanço na tutela dos animais está previsto no art. 225, §1º, VII, onde a Constituição assevera que é dever do Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma

¹¹ Cf., entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *O Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.77 e ss.

da lei, *as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade*". Entretanto, a maior parte da doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm interpretado essa tutela constitucional dos animais contra a crueldade como dependente do direito ao meio ambiente, em razão da sua inserção no art. 225. Penso, no entanto, que essa interpretação não é a melhor pelas razões que se seguem.

36. Primeiramente, essa cláusula de vedação de práticas que submetam animais a crueldade foi inserida na Constituição brasileira a partir da discussão, ocorrida na assembleia constituinte, sobre práticas cruéis contra animais, especialmente na "farra do boi", e não como mais uma medida voltada para a garantia de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Em segundo lugar, caso o propósito do constituinte fosse ecológico, não seria preciso incluir a vedação de práticas de crueldade contra animais na redação do art. 225, §1º, VII, já que, no mesmo dispositivo, há o dever de "proteger a fauna". Por fim, também não foi por um propósito preservacionista que o constituinte inseriu tal cláusula, pois também não teria sentido incluí-la já havendo, no mesmo dispositivo, a cláusula que proíbe práticas que "provoquem a extinção das espécies".

37. Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.

38. Como se constatará a seguir, nenhuma das práticas envolvendo animais analisadas por esta Corte era capaz, por si só, de desequilibrar o meio-ambiente, colocar em risco a função ecológica da fauna ou provocar a extinção de espécies. Todas elas, porém, submetiam a crueldade os animais envolvidos e, por essa única razão, foram declaradas incompatíveis com a Constituição Federal.

II. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

39. A aplicação do dever fundamental de não submeter animais a crueldade tem sido considerada problemática quando está em questão uma alegada manifestação cultural, como é o caso dos autos. Isto é particularmente verdadeiro em sistemas jurídicos como o brasileiro, cuja Constituição, ao mesmo tempo em que tutela animais contra práticas que os submetam a crueldade, reconhece o direito a manifestações culturais, não excluindo, *a priori*, aquelas que os envolvem.

40. Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes ao redor do mundo têm enfrentado essa tensão, inclusive em casos semelhantes envolvendo bois e touros, embora as decisões não venham sendo tomadas na mesma direção. Dois casos servem para ilustrar o ponto. Recentemente, a Suprema Corte da Índia baniu o *Jallikattu*, uma prática que remonta ao século III a.C., e que consiste na tentativa de controlar touros segurando-os pelos chifres. Ao decidir pela inconstitucionalidade, declarou a Corte

Indiana que os animais têm direitos contra a crueldade, mesmo quando ela é infligida em práticas culturais imemoriais.¹² Já a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a proibição da prática da tourada na cidade de Bogotá, sob o fundamento de que tal proibição violava a liberdade de expressão artística dos participantes.¹³

41. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais. No RE 153.531, esteve em discussão se a manifestação pretensamente considerada cultural, chamada “farra do boi”, encontraria respaldo na Constituição. Por maioria de votos, a Segunda Turma entendeu que não, pois a referida prática, ao submeter animais a crueldade, violava o art. 225, §1º, VII, embora não lhe tenha sido negado o caráter de manifestação cultural. O caso recebeu a seguinte ementa:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153.531 Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998).

42. Nas ADI 1.856 e 2.514, procedentes, respectivamente, dos Estados do Rio de Janeiro e Santa Catarina, esteve a Corte diante da questão sobre se as competições conhecidas como “brigas de galo”, autorizadas por leis estaduais, representariam práticas que submetem animais a crueldade. Na ADI 2.514 (Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005), a primeira entre as duas a ser julgada, o relator asseverou em seu voto que “ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais a crueldade”. A Corte decidiu o caso por unanimidade, deixando assentado na ementa que “[a] sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil”.

43. A lei catarinense questionada na ADI 1.856, diferentemente da fluminense, não apenas autorizava a referida prática, mas traçava um completo regime de regulação, prevendo, entre outras coisas, o reconhecimento da legalidade da briga de galo, incentivando-a amplamente na condição de atividade econômica. A Corte decidiu, também por unanimidade, que “[a] promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória a Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de

¹² Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors. (Civil Appeal n. 5387 of 2014).

¹³ Sentencia T-296/13.

crueldade, cuja natureza perversa, a semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico”. Merece destaque a seguinte parte da ementa:

Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, *é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallusgallus”)* (ADI 1.856. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011). (Grifou-se).

44. Já na ADI 3.776 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007), na qual se questionava lei do Estado do Rio Grande do Norte, também sobre “brigas de galo”, a Corte, novamente por unanimidade, reafirmou sua orientação no sentido da proteção dos animais contra crueldade. Na oportunidade, afirmou o Ministro Cezar Peluso ser a postura da Corte “repudiar autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar manifestação cultural ou patrimônio genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas, cruéis ou atroztes, porque contrarias ao teor do art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal”.

45. Como se observa, as atividades já declaradas inconstitucionais por esta Corte – “farra do boi” e “brigas de galos” – são manifestações culturais com características de entretenimento e não de outra natureza, como, por exemplo, a de caráter religioso. Esse não é o tema em questão na presente ação e, portanto, não será enfrentado. Por outro lado, a vaquejada também possui características de entretenimento, por ser ela uma “atividade recreativa-competitiva, com características de esporte”, como a própria Associação Brasileira de Vaquejada a define. Com efeito, tendo em vista o caráter das práticas analisadas até aqui por esta Corte e a necessidade de se manter na maior extensão possível os interesses albergados nas normas constitucionais em colisão, considero mais apropriado assentar que do sopesamento entre elas decorre o seguinte enunciado de preferência condicionada¹⁴: “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.”

¹⁴ Como afirma Robert Alexy, “de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas [geradas pelo sopesamento] decorrem regras, que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.165.

46. Mas a vaquejada, comparada à “farra do boi” e às “brigas de galo”, impõe um desafio maior à Corte. Em nenhum daqueles casos, havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade. Ela era tão inequívoca que a Corte não precisou explorar seu significado. A crueldade saltava aos olhos! Já na prática da vaquejada, em que o sofrimento de animais não é tão evidente, uma vez que os animais aparentam estar em bom estado antes, durante e logo após as provas, muitos são levados a crer que ela não envolve crueldade alguma. Entretanto, para ser prudente e levar a sério a tutela constitucional dos animais contra crueldade em casos como o presente, mostra-se particularmente necessário entender o que se compreende por crueldade e como é possível determinar se ela ocorre em determinada prática envolvendo animais. A seção seguinte é dedicada a esse desafio.

III. A CRUELDADE CONTRA ANIMAIS

47. O termo *crueldade* está associado à ideia de intencionalmente causar significativo sofrimento a uma pessoa ou a outro ser senciente. O sofrimento pode ser físico ou mental. O sofrimento físico inclui a dor, que pode ser aguda ou crônica, ligada a lesões de efeitos imediatos, duradouros ou permanentes. Já o sofrimento mental assume formas variadas, que compreendem a agonia, o medo, a angústia e outros estados psicológicos negativos.¹⁵ A crueldade, nos termos do art. 225, §1º, VII da Constituição, consiste em infligir, de forma deliberada, sofrimento físico ou mental ao animal.

48. Como intuitivo, o sofrimento físico é, em geral, relativamente fácil de se detectar. Como regra, ele gera algum tipo de manifestação explícita de desconforto por parte de quem sente dor, seja um grito, uivo ou convulsão. É certo, porém, que as lesões corporais nem sempre são externas e imediatamente percebidas. Muitas vezes, determinadas ações provocam lesões internas cuja detecção somente se dará em momento posterior. E, eventualmente, não se manifestará sob a forma de dor, mas pelo mau funcionamento de estruturas, sistemas ou órgão específicos.

49. Já o sofrimento mental em animais é mais difícil de se determinar. Porém, a despeito de não terem a racionalidade humana ou o dom da fala, inúmeros animais manifestam seu estado mental por meio de comportamentos diversos, que vão da excitação à prostração. Qualquer ser vivo com desenvolvimento neurológico e capacidade de desenvolver estados mentais pode sofrer. A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio-ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo.

¹⁵ GREGORY, Neville C. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p.1

50. À luz de todas essas considerações e fixadas as premissas necessárias, passo a analisar os aspectos da prática contestada nos autos.

PARTE IV ANÁLISE DA VAQUEJADA

I. VAQUEJADA E CRUELDADE

51. A alegação de crueldade feita na presente ação baseia-se nos seguintes argumentos: na vaquejada, (1) os animais são enclausurados antes do momento em que são lançados à pista e, enquanto aguardam, são açoitados e instigados para que possam sair em disparada após aberto o portão do “brete”; (2) os cavalos utilizados pelos vaqueiros podem sofrer um conjunto de lesões decorrentes do esforço físico dispensado na corrida atrás do boi; e, por fim, (3) os gestos bruscos de tracionar e torcer a cauda do boi, bem como seu tombamento, podem acarretar sérias lesões aos animais.

52. De fato, há inúmeros relatos na rede mundial de computadores de animais submetidos a abusos nas práticas de vaquejada, entre eles o de que os bois são confinados em um pequeno cercado, onde são atormentados, encurralados e açoitados. Também há relatos de uso de luvas com pequenos pregos para não deixar escapar a cauda do animal quando apanhada, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas abomináveis caracterizadoras de maus-tratos. Entretanto, não é possível afirmar que animais usados em vaquejadas por todo país sejam submetidos a esses tipos de tratamento, embora seja de se estranhar que animais pacatos, como são os bois, saiam sempre em disparada após serem soltos.

53. Porém, ainda que tais atos cruéis eventualmente ocorram, eles podem ser evitados mediante fiscalização e punição, já que estão abrangidos pelo art. 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), devendo ser punidos não só quem os pratica, mas também, os que os incitam. Nesse ponto, portanto, não cabe ao Judiciário concluir pela crueldade da prática da vaquejada baseando-se na ocorrência de eventuais atos já considerados crimes pela legislação brasileira e, portanto, passíveis de fiscalização pelo Estado e pelo Ministério Público. Além disso, não é evidente que a vaquejada não possa ter lugar sem os supostos atos de crueldade apontados. O mesmo, contudo, não pode ser tido em relação às demais duas alegações.

54. Praticamente não há pesquisas sobre lesões em cavalos envolvidos em vaquejadas. Em um único estudo realizado no Hospital Veterinário da Universidade Federal de Campina Grande, relataram-se 110 equinos de vaquejada com afecções traumáticas do sistema locomotor no período de 1999 a 2008. As afecções de maior incidência foram tendinite e tenossinovite (17,27%), exostose (12,27%), miopatia (9,8%), fraturas (9,3%) e osteoartrite társica (8,18%). Eis o relato conclusivo da pesquisa cujo trecho abaixo também foi transcrito na inicial:

As observações do estudo permitem concluir que: nas condições da pesquisa, tendinite, tenossinovite, exostose, miopatia focal e, por esforço, fraturas e osteoartrite társica são as afecções locomotoras traumáticas prevalentes em equinos de vaquejada; tendinite e tenossinovite são as afecções locomotoras traumáticas de maior ocorrência em equinos de vaquejada; osteoartrite társica primárias e secundárias, são as mais ocorrentes em equinos adultos de maior idade, exploradas em vaquejadas e, conforme as evidências referenciadas; o percentual das ocorrências de afecções locomotoras traumáticas em equinos de vaquejada constitui-se um dado de conotação clínica relevante.

55. É possível considerar a potencialidade da vaquejada para provocar sofrimento aos equinos usados pelos vaqueiros, ante a gravidade da ação, ou seja, o esforço físico intenso dispendido durante as provas. Contudo, mesmo que se alegue que os equinos envolvidos não estejam sendo submetidos a sofrimento ou que a prática da vaquejada possa ter lugar sem que ocorram lesões nos cavalos usados pelos vaqueiros, a terceira alegação de crueldade praticada na vaquejada a torna, por si só, uma prática cruel.

56. Embora não existam estudos epidemiológicos publicados especificamente sobre a ocorrência de lesões em bois envolvidos em vaquejadas, isso não significa que esses animais não estejam sendo submetidos a crueldade quando suas caudas são torcidas e tracionadas bruscamente pelos vaqueiros, assim como quando são tombados. A Procuradoria-Geral da República transcreve na inicial laudo técnico emitido pela Professora Titular da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade São Paulo, Irvênia Luiza de Santis Prada, Mestre e Doutora em Anatomia dos Animais Silvestres e Domésticos pela mesma Universidade. Afirma ela:

Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinfeção (arrancamento) da cauda, de sua conexão com o tronco. Como a porção caudal da coluna vertebral representa continuação dos outros segmentos da coluna vertebral, particularmente na região sacral, afecções que ocorrem primeiramente nas vértebras caudais podem repercutir mais para frente, comprometendo inclusive a medula espinhal que se acha contida dentro do canal vertebral. Esses processos

patológicos são muito dolorosos, dada a conexão da medula espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor). Volto a repetir que além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental.

A estrutura dos equinos e bovinos é passível de lesões na ocorrência de quaisquer procedimentos violentos, bruscos e/ou agressivos, em coerência com a constituição de todos os corpos formados por matéria viva. Por outro lado, sendo o “cérebro”, o órgão de expressão da mente, a complexa configuração morfofuncional que exhibe em equinos e bovinos é indicativa da capacidade psíquica desses animais, de aliviar e interpretar as situações adversas a que são submetidos, disto resultando sofrimento.

57. Além de todas essas possíveis lesões, a quebra da cauda, também chamada de “maçaroca”, parece não ser incomum nas vaquejadas. Essa possibilidade fica evidente, quando se lê, por exemplo, o disposto no regulamento do “V Circuito ANQM de Vaquejada e IV Circuito Universitário ANQM de Vaquejada – Vaquejada”. Confira-se:

20. Caso o rabo ou a maçaroca do boi parta-se no momento da queda, e o boi não cair o mesmo será julgado de acordo com os critérios abaixo, tanto na fase de classificação como na fase final.

I – Primeira Quebra: Caso o boi não caia a dupla competidora terá direito a um boi extra;

II – Segunda Quebra e demais: O boi será julgado, como ficar.

OBS.: Se o rabo ou a maçaroca do boi quebrar com o boi em pé, este não será computado e o competidor terá direito a um boi extra, mas se o boi cai (*sic*) em seguida, o boi será julgado como ficar.

58. Muito da dúvida sobre se o boi usado na vaquejada realmente sofre decorre do fato de ele nem sempre manifestar reação anormal após ter sua cauda bruscamente tracionada e torcida ou mesmo após levantar-se do tombo. Mas essa intuição é equivocada. Primeiro, porque muitos animais não expressam sofrimentos como nós humanos, que, geralmente, reagimos imediatamente. Segundo, porque nem sempre as dores decorrentes dos traumas sofridos por animais são imediatas. É o que se descobre em livros especializados em fisiologia e comportamento de animais em sofrimento:

Nem todas as formas de traumas são imediatamente dolorosas. Em muitos casos, a dor é desenvolvida dentro de uma hora após o trauma, mas, em outros, ela pode demorar até nove horas para ser sentida. Dores

decorrentes de cortes e dilaceração geralmente são desenvolvidas após uma hora do trauma. Já as dores provocadas por torções geralmente levam mais de uma hora para serem sentidas. Se o trauma for profundo, a maioria das espécies experimenta a dor prontamente. Isso ocorre com fraturas, esmagaduras e amputações. Nos casos de fraturas, onde não houve dor imediata há a sensação de dormência.¹⁶

59. Portanto, no caso do boi envolvido na vaquejada, ou a dor provocada é sentida imediatamente após a prova, pela provável ruptura dos ligamentos e vasos sanguíneos ou pela luxação das vértebras, como informa o laudo técnico acima, ou o animal a sentirá apenas horas depois. Mesmo no caso de desinfecção ou de quebra da cauda do boi, é possível que logo após sua ocorrência, o animal não sinta dor, mas a sensação de dormência, por se tratar de fratura. A dor certamente virá depois.

60. Por último, a intuição também é equivocada, devido ao fato de os animais não expressarem a dor apenas por meio de vocalizações. Quando sentem dores imediatamente ou não após o trauma, os animais podem expressá-las por meio de tensões musculares, alteração do ritmo respiratório, elevação da pressão arterial, lentidão, insônia, mordidas, lambidas e arranhões no próprio corpo, retração ou rinação.¹⁷ Essas reações podem ter lugar independentemente da severidade do sofrimento. Além disso, a determinação das mudanças de comportamento em animais como respostas para a dor é dificultada pelo fato de que animais da mesma espécie podem ter diferentes reações. Como dito anteriormente, em casos onde não há evidências fisiológicas ou comportamentais, não se pode atestar a presença ou ausência de sofrimento com absoluta certeza. E mesmo na presença de tais evidências, nem sempre é possível determinar a intensidade dele.

61. No caso da vaquejada, a gravidade da ação contra o animal está tanto na tração e torção bruscas da cauda do boi, como também na queda dele. A força aplicada à cauda em sentido contrário à fuga, somada ao peso do animal, evidencia a gravidade da ação praticada contra o boi. Uma vez que a sua cauda não é mero adereço, mas sim a continuação de sua coluna vertebral, possuindo terminações nervosas, não é difícil concluir que o animal sinta dores. Também devido a seu elevado peso e à grande velocidade com que é tombado, é muito provável que os bois envolvidos sofram lesões ao serem levados ao chão. Além disso, não se trata de qualquer queda. Para que os vaqueiros pontuem, ou, para utilizar o jargão, para “valer o boi”, devem tombar o animal de modo que ele exponha suas quatro patas. Evidentemente, para que isso seja possível, além de ser necessário imprimir maior força na tração e na torção de sua cauda, o animal deve cair lateralmente ou completamente voltado para o chão da pista de competição, o que, muito provavelmente, lhe causa traumas internos.

¹⁶ GREGORY, Neville C. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p.96.

¹⁷ GREGORY, Neville C. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p.99-102.

II. DA IMPOSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA VAQUEJADA

62. Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos. Primeiro, por que a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria.

63. Não desconsidero que há hoje os chamados “rabos artificiais”. Mas esse artefato, por si só, não é capaz de evitar que o animal sofra, já que ele é preso à própria cauda, que continua a sofrer estiramentos, tensões e lesões, causando dores incalculáveis aos animais. Além disso, o animal continuará tendo que ser derrubado. Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar sua própria existência. Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais¹⁸ ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo ou maltratando-o de forma intencional”¹⁹, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à crueldade.

64. Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.

65. A Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento

¹⁸ “Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais. §1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo”.

¹⁹ “Art. 4º. §3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova”.

grave. O controle e o uso de animais por humanos podem ser compatíveis com a garantia de um tratamento minimamente decente a eles. Mas no caso da vaquejada, infelizmente, isso não é possível sem descaracterização dos elementos essenciais da prática.

66. Gostaria de fazer uma última observação. Embora os animais sofram e se importem com seu sofrimento, na luta por seu bem-estar ou mesmo por reconhecimento de direitos, eles estão em grande desvantagem comparados a nós humanos. É que, diferentemente de movimentos por reconhecimento de direitos a seres humanos ocorridos ao longo de nossa história, os animais não podem, eles próprios, protestar de forma organizada contra o tratamento que recebem. Eles precisam dos humanos para isso. E não é difícil encontrar motivação psicológica e justificação moral para fazê-lo. Basta ter em conta que a condição humana com eles compartilha a senciência, a capacidade de sofrer, de sentir dor e, portanto, o interesse legítimo de não receber tratamento cruel.

67. Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – “bens suscetíveis de movimento próprio” (art. 82, *caput*, do CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em uma jurisprudência constante e que merece ser preservada.

CONCLUSÃO

68. Diante do exposto, acompanho o relator, julgando o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade procedente, de acordo com os fundamentos aqui expostos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 8.01.2013, do Estado do Ceará, propondo a seguinte tese: *manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.*

69. É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA-ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Presidente, antes de elaborar o meu voto, assisti a algumas dezenas de vídeos, todos à disposição de quem quiser entrar na internet. Em todos, não tive nenhuma dúvida de que há lesão ao animal e prática de crueldade, independentemente do que se escreva no papel. Estou falando da vida real, do que os olhos veem e o coração sente, basta ver o filme.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, não estive presente quando começou este julgamento, portanto não tive oportunidade, naquela época, de ouvir o voto do Ministro-Relator nem o do Ministro Fachin, que foi divergente. Mas, agora, ouço esse belíssimo voto do Ministro Barroso, que merece todos os encômios.

Quero dizer, desde logo, que particularmente tenho verdadeiro horror por tratamentos cruéis a animais e a pessoas. Lembro-me, primeira vez que estive na Espanha, ainda no século passado – faz muito tempo, numa época em que nós não tínhamos tantas oportunidades de assistir a touradas –, de ter ligado a televisão e ficado horrorizado com a covardia humana que é uma tourada espanhola, com todo um rito de crueldade, do começo ao fim, até acabar com a morte do boi. A tourada portuguesa tem uma diferença, o touro acaba não sendo morto no picadeiro, mas também é revestido de uma crueldade enorme.

Quero dizer também que, até hoje, para mim é chocante certos esportes entre humanos, como é o caso dessas lutas MMA ou lutas de boxe. E se poderia dizer que, em eventos e esportes dessa natureza, pelo menos entre humanos, há um consentimento de participação, mas que importa, de certo modo, abrir mão de um direito inalienável, que é o da integridade física. De tal maneira que, a mim, me causa choque tanto uma coisa como outra.

Quanto à vaquejada, que é um esporte ou uma manifestação, uma prática bem característica no nordeste, não apenas no Ceará, mas que é semelhante em alguns outros Estados – conheço bem o que acontece no Rio Grande Sul, trata-se de uma atividade comum, corriqueira, praticamente incorporada aos hábitos populares –, penso que se deve condenar certamente essa vaquejada, ou essas manifestações, na forma descrita no item LII do voto do Ministro Barroso, quando parte do pressuposto de que se cuida de um tratamento cruel ao animal, que necessariamente causa lesão ao animal.

Todavia, neste caso, peço licença para acompanhar a divergência, porque me parece que se deve fazer uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a vaquejada no referido Estado. Nós estamos, aqui, numa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, o objeto da análise da constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal.

De modo que, aqui, não se está discutindo diretamente – pelo menos numa ação direta nem seria cabível – a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Temos que considerar, neste julgamento, o princípio da legalidade, que é o princípio básico do artigo 5º, inciso II, da Constituição:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

E o princípio da legalidade é um princípio um tanto paradoxal no nosso sistema, porque, ao mesmo tempo, é um princípio que consagra a liberdade – ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa – e é um princípio que autoriza a limitação da liberdade ao dizer que a lei pode limitar a liberdade. E deve-se aplicar isso em relação às manifestações culturais e esportivas. Elas são livres, a não ser que haja uma lei proibindo.

Aqui, o que se diz – e esse é o pressuposto da linha básica essencial dos votos que defendem a inconstitucionalidade da lei, eu diria a inconstitucionalidade da vaquejada – é o pressuposto de que isso é uma prática cruel. A pergunta que se faz é a seguinte: a vaquejada, se não fosse cruel, seria inconstitucional? Parece-me que a resposta seria negativa, necessariamente com base nesse argumento. Então nós temos vaquejadas cruéis e temos vaquejadas não cruéis.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Essa é a nossa divergência. Eu acho que torcer o rabo de um touro, em alta velocidade, e fazê-lo ficar com as quatro patas para cima é inerentemente cruel e não há alternativa. Quando nós votamos aqui – eu era advogado – pesquisas com células-tronco embrionárias, uma das posições era: eu admito as pesquisas com células-tronco embrionárias desde que não se destrua o embrião congelado. Se fosse possível seria bom, mas não era possível. De modo que eu acho que não há como se derrubar um touro que é instigado, em alta velocidade, torcendo-o pelo rabo, para ficar com as quatro patas para cima, sem crueldade inerente.

De modo que, entendendo o ponto de vista do Ministro Teori, eu só gostaria de pontuar a divergência. A meu ver, não é possível uma vaquejada não cruel.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Certo. Como eu disse, Senhor Presidente, nós não estamos aqui julgando a inconstitucionalidade, ou não, da vaquejada; nós estamos discutindo aqui a constitucionalidade, ou não, de uma lei do Estado do Ceará, que diz o seguinte:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Eu comecei falando no princípio da legalidade porque, se nós declararmos a inconstitucionalidade dessa lei, vamos ter a vaquejada sem essa lei no Estado do Ceará, como ocorre em outros Estados. No meu entender, essa lei, bem ou mal, desnaturando ou não a vaquejada (pode-se até dizer que essa lei, se for aplicada, vai desnaturar a vaquejada, pode-se até dizer isso), mas a lei – e esse é o meu convencimento – busca evitar justamente a forma de vaquejada cruel. O que eu quero dizer, em suma, é que ter esta lei é melhor do que não ter lei alguma sobre vaquejada. Sem esta lei, vamos ter vaquejada cruel.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A própria lei, em um preceito, reconhece o sofrimento, no que prevê a exclusão do cavaleiro que impingir sofrimento desproporcional. Então o sofrimento “comum” pode ocorrer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O curioso aqui é que talvez devêssemos aprofundar essa análise, por exemplo, para corrida de cavalo, porque ali, de vez em quando, temos a quebra de perna do próprio animal, além de ele ter sido treinado e adestrado para essa finalidade. O cavalo não nasceu necessariamente para correr. Então, temos de ampliar esse universo. A mim, me parece até preconceituosa, discriminatória essa abordagem. Vai continuar na ilegalidade. Sabemos, por exemplo, que a farra do boi continua a existir em Santa Catarina, a despeito da decisão do Supremo, porque não se consegue colocar polícia para impedir esse tipo de coisa. Agora, faz-se um julgamento de caráter simbólico.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Eu gostaria de dizer que, na corrida de cavalo, a grande distinção é a seguinte: há atividades em que o risco e a crueldade são inerentes e atividades em que o risco e a crueldade são contingentes. O cavalo que participa da corrida de cavalo é um puro-sangue inglês condicionado fisicamente e alimentado para aquela atividade da qual geralmente ele escapa ileso, ao passo que, na vaquejada, a crueldade contra o boi é inerente à atividade.

Eu aqui peço todas as vênias ao Ministro Teori Zavascki, por quem tenho carinhosa e elevada admiração, como todos sabem, mas vaquejada é um conceito, portanto já está implícito o que acontece: o touro é torcido pelo rabo e derrubado no chão. Senão, se nós utilizarmos futebol e qualificarmos futebol como alguma coisa diferente de ter que colocar uma bola dentro do gol, bom, tudo bem, mas vaquejada é um conceito que tem um significado. E o processo civilizatório nos impõe nos opormos historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas sejam erradas.

O fato de que há transgressão, Ministro Gilmar, eu entendo o argumento, também me preocupo com o argumento da ineficácia da decisão, mas acontecem homicídios, acontecem estupros, o sistema jurídico não consegue imunizar todos os crimes, mas nem por isso nós deixamos de nos pronunciar contra. Eu lamento que haja ilegalidade, lamento que haja caixa dois, porém continuo sendo contra.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu agradeço. Ministro Teori Zavascki, Vossa Excelência completa o voto, por favor.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, para completar e resumir, eu penso que se deve distinguir a constitucionalidade da vaquejada como prática cruel, e a constitucionalidade desta lei. Eu não vejo inconstitucionalidade nesta lei na forma como ela está colocada. Por isso eu vou pedir vênias para acompanhar a divergência.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, começo louvando o belíssimo voto do Ministro Marco Aurélio e, agora, o voto-vista do Ministro Luís Roberto, que vem ao encontro do meu sentimento e da minha compreensão sobre a matéria. Não deixo de louvar os votos divergentes – tenho o maior respeito –, mas entendo que é longo o caminho da humanidade e lento o avanço civilizatório. Temos que avançar de alguma forma, ainda que a passos lentos, e quem sabe, desejando, na linha do que foi defendido pelo Ministro Luís Roberto, que esses passos não sejam necessariamente tão lentos assim.

Ministro Teori, também estive em Madri e assisti, no século passado, a touradas. Não consegui passar da segunda tourada, sobretudo diante do delírio da multidão cada vez que o pobre touro quase virava uma massa sangrenta. De qualquer sorte, no caso em exame, a constitucionalidade da lei cearense, na minha visão, se a Constituição diz que essas manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, §1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais. Então ela está dizendo, na minha leitura, com clareza solar, em primeiro lugar, que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, concluo eu, o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais. E essa é a orientação desta Casa. O Recurso Extraordinário 153.531, o precedente, tem a seguinte ementa:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Relator Ministro Francisco Rezek, redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 3 de junho de 1997.

No caso da vaquejada, debruçando-me sobre os inúmeros memoriais que recebemos, seja da OAB Seção do Ceará, seja da União Internacional Protetora dos Animais Seção de São Paulo, eu retiro:

Isso porque, na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam em velocidade no encaço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que

tombe ao chão – e há de ficar com as quatro patas para cima. O gesto brusco de tracionar violentamente o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, como atesta parecer concedido à União em 1999 pela especialista em neuroanatomia – aqui já mencionada pelo eminente Ministro Luís Roberto –, a professora doutora Irvênia Luiza de Santis Prada, médica-veterinária, professora titular emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo.

Diante dessa conceituação – e aqui também peço todas as vênias ao Ministro Teori, é o meu ponto de divergência com Sua Excelência –, entendo que a violência e a crueldade ao animal são insitas à vaquejada. E se a crueldade ao animal é insita à vaquejada, enquanto um entretenimento, ela é uma manifestação cultural que, como disse o Ministro Marco Aurélio, não encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição.

Eu tenho, Senhor Presidente, um voto escrito, mas não vou me alongar, porque já houve esse amplo debate. Todas as posições são igualmente respeitáveis, mas eu insisto que o bem protegido nesse inciso VII do §1º do artigo 225 da Constituição Federal possui, a meu juízo, uma matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco também às formas de vidas não humanas, no caso, os seres sencientes, como tão bem colocado pelo Ministro Luís Roberto.

Renovando o meu pedido de vênias à divergência, eu acompanho o voto do eminente Relator, declarando a inconstitucionalidade da lei cearense.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, longo é o caminho da humanidade e lento o avanço civilizatório, mas é preciso avançar, ainda que a passos lentos, ou, de preferência, não tão lentos assim. Como visto, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face de lei do Estado do Ceará que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Acompanho o eminente Relator na rejeição à preliminar de inépcia da inicial e passo ao exame do mérito, com a transcrição desde logo dos dispositivos impugnados:

LEI Nº 15.299, DE 08.01.13 (D.O. 15.01.13)

REGULAMENTA A VAQUEJADA COMO PRÁTICA DESPORTIVA E CULTURAL NO ESTADO DO CEARÁ.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ.

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu de imediato sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§1º Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§2º A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§3º A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DA ABOLIÇÃO, DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, 08 de janeiro de 2013.

A controvérsia, diagnosticada com propriedade pelo Ministro Relator, está no embate entre dois preceitos constitucionais: a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a vedação de crueldade contra os animais, consagrada pelo artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta Política, e o direito às manifestações culturais previsto em seu artigo 215.

Tais comandos em confronto, a exigirem cuidadosa análise para a solução da lide, inclusive sob a ótica da sua dimensão normativa, ostentam a seguinte dicção, *verbis*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento).

[...]

Ponto que, enquanto a norma do artigo 215 assegura o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, sem determinar as formas de alcance do bem jurídico tutelado, a norma do inciso VII do §1º do artigo 225 veda expressamente práticas que submetam os animais à crueldade.

Nessa linha, se a Constituição diz que as manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado e também proíbe atos cruéis contra os animais, a Constituição está, com clareza solar, dizendo que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais.

Essa a orientação do Supremo Tribunal Federal, produzida no RE nº 153.531, cuja ementa transcrevo:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento

discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

Colho, por outro lado, dos memoriais, especificamente no apresentado pela União Internacional Protetora dos Animais, Seção de São Paulo, UIPA, que “na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encalço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar, violentamente, o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, como atesta parecer concedido à UIPA, em 1999, pela especialista em neuroanatomia Prof^a Dra^a Irvênia Luiza de Santis Prada, médica veterinária, Professora Titular Emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo”.

A crueldade com o animal é ínsita, pois, à vaquejada, e por isso, enquanto entretenimento, não é manifestação cultural que encontra agasalho no art. 215 da CF. Ao contrário, é com ele incompatível, porque não é possível coibir tal crueldade por meio de regulamentação, no caso da vaquejada.

Colocadas tais premissas, avanço para análise da porosidade conceitual contida no artigo 225, §1º, VII para identificar como a Carta da República Federativa do Brasil encaminha a definição do ato de crueldade. Nossa Lei Fundamental, ao vedar a prática de atos que submetam os animais à crueldade, foca na conduta cruel. Portanto, a questão está na ilicitude do comportamento externo, conforme assevera Patryck Ayala²⁰, ou seja, não é preciso demonstrar o sofrimento para constatar o ato cruel, apesar de que basta assistir um dos inúmeros vídeos da prática da vaquejada disponibilizados na internet para identificar claramente o medo e o sofrimento do animal. Dessa forma, o ato é cruel por si só, até mesmo porque, como assinala magistério doutrinário citado, não há como estabelecer identidade semântica entre as palavras crueldade e sofrimento. É possível partir de bases objetivas para definição de crueldade, mas a definição de sofrimento envolve “elementos de avaliação bastante mais limitados e restritivos”, ao menos segundo os instrumentos que a Ciência do Direito hoje disponibiliza. Desse modo, a Constituição adota “técnica distinta daquela que, hipoteticamente, poderia ser o resultado de uma norma de proibição de produzir sofrimento”, ou seja, proibindo a crueldade estabelece a proteção do bem jurídico bem estar do animal de modo indireto. Sendo assim, o constituinte não oferece a opção de ponderar a dor ou o sofrimento do animal.

²⁰ AYALA, Patrick de Araújo. O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental do Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.435.

Verifico tal dinâmica na Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Transcrevo o artigo 32, dispositivo com foco na prática da conduta nociva ao meio ambiente:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Ideia da necessidade do meio.

Ninguém – em sã consciência – questiona que abusar, maltratar, ferir e mutilar são ações cruéis, e a Lei nº 9.605/1998 é clara a esse respeito. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar o significado da expressão crueldade. No RE nº 153.531, entendeu-se que a ferra do boi é uma “prática abertamente violenta e cruel”, conforme voto do Ministro Francisco Rezek. Na ADI nº 1856, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na ADI nº 2514, Relator Ministro Eros Grau e na ADI nº 3776, Relator Ministro Cear Peluso, concluiu-se pela natureza perversa da “briga de galos”, competição entre galos combatentes comprometedora da integridade do animal, a evidenciar prática de crueldade contra a fauna.

Esta Casa, consoante a jurisprudência alinhada, associa, pois, com pertinência, o ato cruel ao ato de violência. Na minha visão, o ato de pressionar – ou, no mínimo, enclausurar – o corpo do animal bovino entre os corpos de dois outros animais (cavalos, cuja integridade também resta comprometida com a prática), puxando-o pelo rabo – parte estruturante de seu corpo que representa a extensão da espinha dorsal – até que caia, é flagrantemente violento. Nessa linha de entendimento, Patryck Ayala, na obra citada, ao analisar os precedentes desta Corte:

A evidência da violência – independentemente de qualquer demonstração científica ou prova concreta do sofrimento infligido aos animais – e a reprovação cultural da prática, que não se encontra sob os consensos culturais protegidos pela Constituição brasileira, constituíram razões suficientes para motivar a proibição das práticas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a violação à proibição constitucional.²¹

Ricardo Cavalcante Barroso²², ao exame do cenário jurídico da vaquejada, lista exemplos de condutas escancaradamente cruéis. Transcrevo:

²¹ *Op. cit.* p.442.

²² BARROSO, Ricardo Cavalcante. Cenário Jurídico atual da vaquejada e a omissão dos órgãos do SISNAMA. In: RFUA, Belo Horizonte, ano 14, nº 79, p.66-74, jan./fev. 2015.

- a) uso de choque elétrico para conduzir e dirigir o animal;
- b) uso de chicote, tabica, relho ou outro petrecho equivalente na condução do cavalo ou uso de espora, cortadeira, brida, freio ou equivalente, a ponto de machucar ou causar sangramento;
- c) uso de luva inadequada que facilita a decepção do chumaço de pelos do final da cauda, conhecido como maçaroca;
- d) confinamento de bois em curral ou outros lugares em número que impeçam a movimentação livre do animal, deixando-os sem água e alimento por longos períodos.

Logo, não é necessário o resultado sangue e morte para identificar determinada conduta como cruel ou violenta. Reitero que o foco determinado pela Constituição é o ato cruel em si mesmo, e por isto não é apropriado examinar o sofrimento, tampouco graduá-lo. A Carta Maior – como um todo unitário e coerente – não agasalha a prática de crueldade e a vaquejada é pratica evidentemente violenta que submete os animais nela envolvidos à crueldade.

O atual estágio evolutivo da humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, com pertinente citação, em suas reflexões, de Arne Naess que reproduzo:

O florescimento da vida humana e não humana na Terra tem valor intrínseco. O valor das formas de vida não humanas independe da sua utilidade para os estreitos propósitos humanos.

A Constituição, no seu artigo 225, §1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.

O bem protegido pelo inciso VII do §1º do artigo 225 da Constituição, enfatizo, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais. Conferir legitimidade à lei do Estado do Ceará, em nome de um hábito que não mais se sustenta diante dos avanços da humanidade, é ferir a

Constituição Federal. Ademais, rechaçar a vaquejada não implica suprimir a cultura da região que possui tantas formas de expressão importantes e legítimas identificadas na dança, na música, na culinária, ou seja, o núcleo essencial da norma inserta no artigo 215 da Constituição permanece incólume.

Por todas estas razões, acompanho o Ministro Relator, para *declarar inconstitucional* a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, julgando procedente o pedido desta ação direta.

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes que aqui compareceram, que Vossa Excelência mencionou no início da sessão.

Senhor Presidente, com relação às preliminares, acompanho o Ministro Marco Aurélio, até para ganharmos tempo e as superarmos, enfrentando a questão de mérito.

Nós temos dois dispositivos constitucionais: o que garante a todos o exercício dos direitos culturais; e o artigo 225, que protege a fauna e a flora.

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Então, num primeiro plano, é inegável que nós temos que fazer aqui uma ponderação. Pelo princípio da unidade da Constituição, não há princípio mais importante do que outro; são ponderáveis à luz do caso concreto. E, neste particular, eu também me alinho a essa questão formal que foi colocada no debate de hoje pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, antecedido pelo voto do Ministro Marco Aurélio.

Eu anotei, para repetir exatamente as precauções adotadas pelo legislador estadual. Ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva – porque é considerada uma competição – e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada.

Então, no meu modo de ver, a exclusão da crueldade a que se refere a Constituição está exatamente na ponderação que fez o legislador, muito embora eu compreenda que essa competição implica puxar o rabo do boi e colocá-lo de quatro.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – A briga de galo também tinha lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Agora, eu queria narrar aqui algumas etapas e, depois, vou dizer no que isso decorre:

Nascem os bezerros; nos próximos dois anos, o boi leva a vida que pediu a Deus – estou lendo um artigo chamado “Como o boi vira filé”. Aí ele vai engordando. O abate se aproxima e a engorda é acelerada. Os bois são castrados e, para não perder peso, passam quase 3 meses sem andar. Mas a ração é de primeira: capim, cereais, melação de cana, vitaminas e sais.

Depois, o boi tem que apresentar mais ou menos 450kg e, se apresentar menos, ele é morto. Ao atingir esse peso, o animal é enviado ao matadouro. A viagem é estressante. O animal urina e sua mais do que o normal e chega a perder até 3% do peso.

Uma hora antes do abate, os bois são examinados. Quem passar no teste vai para a fila do abate. Os doentes são mortos separadamente. Se a doença for grave, a carcaça é incinerada.

Normalmente, há curvas para que os animais não saibam o que está acontecendo. E, nas paredes, dispositivos antiempaque dão choques leves ou emitem ruídos. Um banho evita que a sujeira contamine a carne.

Tiro certo.

No boxe de atordoamento, o animal recebe um tiro com pistola de pressão – ou um dardo que perfura o cérebro – e desmaia. A partir daí, para que não corra o risco de acordar, o boi deve ser morto em no máximo 3 minutos.

Uma portinhola se abre e o animal cai desacordado numa espécie de esteira. Ele será içado pelas patas para ficar com o pescoço para baixo.

Primeiro, um corte na pele do pescoço. Depois, é só esticar o braço e chegar à jugular: o boi está oficialmente morto. Durante 3 minutos, seus 20 litros de sangue escorrerão numa canaleta para ser vendidos a fábricas de ração para cães e gatos.

Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela – fazem vela com o produto do boi doente.

Senhor Presidente, é assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direito social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência não está preconizando que sejamos, todos, vegetarianos!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Vou colocar para Vossa Excelência isso, porque Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Em algum lugar do futuro seremos todos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo. O debate mundial, hoje, Ministro Marco Aurélio – eu particularmente

não como carne vermelha, mas como peixe e frango –, pesquisei aqui, é o veganismo e o vegetarianismo, que enfrentam exatamente esses impasses. Aqui, a vaca sofre esse abate; na Índia, a vaca é sagrada. Então, não dá para fazer, num contexto mundial, a percepção sobre a vaquejada, que é algo estritamente nacional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – De sorte, Senhor Presidente, que, diante desses votos brilhantes que antecederam a minha intervenção, vou fazer uma opção por aqueles que propugnaram pela possibilidade de exploração dessa atividade cultural, com essas ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada, levando-se ainda em consideração que, com toda essa humanização, não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E isso é contemplado constitucionalmente como direito social.

Por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, pedindo vênias àqueles que votaram contrariamente, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA-ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o tema que nós estamos aqui a discutir é muito maior do que se pode imaginar. Se formos ao livro dos livros, a Bíblia, ao mundo judaico-cristão, o Antigo Testamento descreve o pacto de Deus com Abraão, no momento em que Deus pede a Abraão para sacrificar seu único filho, Isaac, e Abraão não vacila e o leva até a local designado por Deus. Mas, em seguida, Deus diz a Abraão: – Você demonstrou sua fé, não precisa sacrificar seu filho, pode substituir por aquele cabrito que está ali engalfinhado num arbusto, sacrifique aquele cabrito. E Abraão, então, leva para a pedra o cabrito, e não sacrifica seu filho. E Deus abençoa Abraão.

Aquele foi o pacto que acabou, no mundo ocidental, com a pena de morte, com o sacrifício humano. Esse é um grande pacto civilizatório que a mitologia da Bíblia

nos ensina: nenhum ser humano tem, nem por ordem divina, o direito de matar outro ser humano. Esse é um grande pacto civilizatório. E aqui foi dito da necessidade da evolução do pacto civilizatório.

Na mitologia, podemos ir a Joseph Campbell. Ele nos descreve que todas as sociedades têm, do ponto de vista cultural, alguns mitos, quais sejam: o mito do dilúvio – que é comum a todos os continentes, a todas as civilizações antigas –, o mito da virgem que pariu o Salvador – também comum a várias culturas – e o mito do sacrifício dos seres humanos ou de animais. Mas, ao longo do tempo, na evolução do processo civilizatório, substituiu-se o sacrifício humano pelo sacrifício animal.

Por isso, Senhor Presidente, penso ser necessário verificar se o tratamento normativo dado pela lei impugnada vai ao encontro de uma disciplina de tratamento mais evoluída desta prática tão comum aos Estados do nordeste do país.

Por isso, sem prejuízo de que algum Colega queira adiantar o voto, eu vou pedir vista dos autos para estudá-lo sob esses outros aspectos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço licença ao eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Senhor Presidente, para antecipar o meu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo contrário, será um prazer para iluminar minha opinião.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênica, Senhor Presidente, para, *acompanhando o voto do eminente Relator*, julgar procedente a presente ação direta e, *em consequência*, declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo cearense objeto de impugnação nesta sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

A Constituição da República, *ao proclamar o direito fundamental da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, contém prescrição normativa cujo teor está assim enunciado:

Art. 225.....

§1º – *Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:*

.....

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Grifei.)

Vê-se, daí, que o constituinte, com a proteção da fauna e com a vedação, entre outras, de práticas que “*submetam os animais a crueldade*”, objetivou assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente que compreende as noções de *meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial* (espaço urbano) e *de meio ambiente laboral*, consoante ressalta o magistério doutrinário (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6ª ed. Saraiva, p.20-23, item nº 4, 2005; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed./2ª tir. Malheiros, p.21-24, itens nºs 2 e 3, 2003; MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente Urbano*. Forense Universitária, v.g. p. 42-54, item nº 4. 2005.).

É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitir *todas as formas de vida*, não só a vida do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Resulta, pois, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CF, art. 225, §1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte quis estabelecer ao dispor *que o respeito* pela fauna em geral *atua como condição inafastável* de subsistência e preservação do meio ambiente em que vivem os próprios seres humanos.

Evidente, *desse modo*, a íntima conexão que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna (e de não incidir em *práticas de crueldade contra animais*), *de um lado*, e a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, *de outro*.

Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto *altamente* negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, *seja* colocando em risco a sua função ecológica, *seja* provocando a extinção de espécies, *seja*, ainda, submetendo *os animais a atos de crueldade*.

Daí a enorme importância de que se revestem os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política que traduzem, *na concreção de seu alcance*, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica *por seu caráter de metaindividualidade*, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douda lição expendida por CELSO LAFER (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Companhia das Letras, p.131-132, 1988.), de um típico direito *de novíssima dimensão*, que assiste, *de modo subjetivamente indeterminado*, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que

incumbe ao Estado e à própria coletividade (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. Malheiros, p.138-141, item nº 3, 2011.) – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, *desse modo*, que irrompam, no seio da comunhão social, *os graves conflitos intergeracionais* marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial, comum a todos quantos compõem o grupo social.

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os *direitos de terceira geração* (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, *genericamente*, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, *por isso mesmo*, ao lado dos denominados direitos *de quarta geração* (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, *enquanto valores fundamentais indisponíveis*, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (LAFER, Celso. *Desafios: Ética e Política*. Siciliano, p.239, 1995.).

Cumprе rememorar, *bem por isso*, na linha do que vem de ser afirmado, a precisa lição ministrada por PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Malheiros, p.481, item nº 5, 1993.), que confere particular ênfase, dentre os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), *ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*:

Com efeito, *um novo polo jurídico* de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. *Dotados* de altíssimo teor de humanismo e universalidade, *os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se* neste fim de século *enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo*, de um grupo ou de um determinado Estado. *Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo*, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. *Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.* (Grifei.)

A preocupação com o meio ambiente – *que hoje transcende* o plano das presentes gerações, para também atuar em favor *das gerações futuras* (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. Malheiros, p.138-141, item nº 3, 2011.) – tem constituído, *por isso mesmo*, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando *a província meramente doméstica do*

direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, *em sua expressão concreta*, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental *que assiste a toda a Humanidade*.

A questão do meio ambiente, *hoje*, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos *mais expressivos* da nova agenda internacional (NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito Ambiental Internacional*. 2ª ed. Thex Editora, 2002.), *particularmente* no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.

Extremamente valioso, *sob o aspecto ora referido*, o douto magistério expendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Ambiental Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, p.69/70, item nº 7, 2009.):

A "Declaração de Estocolmo" abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um "direito fundamental" entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de "direitos a serem realizados" e "direitos a não serem perturbados".

.....

O que é importante (...) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: "a qualidade da vida". (Grifei.)

Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez, a ideia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada

(PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Polícia do Meio Ambiente, *in: Revista Forense* 317/179, 181; BARROSO, Luís Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in: Revista Forense* 317/161, 167-168, v.g.).

Na realidade, Senhor Presidente, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, *dentro do processo de afirmação dos direitos humanos*, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, *num sentido verdadeiramente mais abrangente*, atribuído à própria coletividade social.

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, *tal como se qualifica* o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui, *portanto*, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente ressaltado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional, como enfatizado por autores eminentes (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Saraiva, p.223-224, item nº 132, 1989; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, p.46-57 e 58-70, 2009.).

O ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, *com tais objetivos*, neutralizar o surgimento de *conflitos intergeracionais*, impôs, *ao Poder Público*, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, *para tanto*, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, *ainda*, que submetam os animais a atos de crueldade.

Vale relembrar a precisa abordagem doutrinária sobre o tema da *proteção à fauna* que o ilustre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. DANIEL R. FINK, expôs *ao tratar da relação jurídica ambiental e da questão pertinente à exigência de sustentabilidade* (MARQUES, José Roberto. *Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental*. Millennium, p.117, item nº 4.1, 2009.):

Proteção da fauna e flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem sua extinção ou submetam os animais à crueldade (inciso VII). Fauna e flora são importantes componentes do meio ambiente natural, biológico, que têm sido objeto de especial proteção de diversas normas ambientais. São, sem dúvida, o aspecto mais visível do meio ambiente e para os quais o leigo se remete quando pensa no tema. Há gradações das restrições estabelecidas nas leis ambientais sobre esses temas. Há proteções parciais e absolutas. Proibição absoluta já vem impressa no próprio dispositivo, que não permite práticas que ameacem sua função ecológica, possam provocar sua extinção ou submetam os animais à crueldade. As proibições relativas dependerão do grau de importância que determinadas espécies ou ecossistemas têm para a vida, qualidade de vida e meio ambiente. (Grifei.)

Cabe assinalar, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de crueldade contra animais, tem advertido, em sucessivos julgamentos, que a realização de referida prática *mostra-se frontalmente incompatível* com o disposto no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

(RE 153.531/SC, Red. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO – grifei.)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.366/2000 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”.

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte.

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

(ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU – grifei.)

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo”.

(ADI 3.776/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei.)

Impende destacar que, *em período que antecedeu* a promulgação da vigente Constituição, esta Suprema Corte, em decisões proferidas há *quase 60* (sessenta) anos, já enfatizava, *p. ex.*, que as “*brigas de galos*”, por configurarem atos de crueldade contra referidas aves, deveriam expor-se à repressão penal do Estado (RE 39.152/SP, Rel. Min. HENRIQUE D’ÁVILA – RHC 35.762/SP, Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, v.g.), eis que – *como então reconhecia* o Supremo Tribunal Federal – “*A briga de galo não é um simples desporto, pois maltrata os animais em luta (...)*” (RHC 34.936/SP, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO – grifei).

Cumpre ressaltar que esse entendimento jurisprudencial, no sentido de que tais práticas constituem *atos de crueldade* contra os animais, reflete-se, *por igual*, no magistério doutrinário (GAETA, Alexandre. *Código de Direito Animal*. Madras, p.60-61, 2003; FILHO, Diomar Ackel. *Direito dos Animais*. Themis, p.84, item nº 8.5, 2001; DIAS, Edna Cardozo. Inconstitucionalidade e Ilegalidade das Rinhas de Galo, *in: Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Editora Fórum, p.2.041, ano 3, nº 8, nov./dez. 2004; DIAS, Edna Cardozo. A Tutela Jurídica dos Animais. Mandamentos, p.182-198, item nº 5.5.1, 2000; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade Contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional, *in: Revista de Direito Ambiental*. p.60-61, item nº 2.3, ano 2, julho-setembro de 1997; CADAVEZ, Lília Maria Vidal de Abreu Pinheiro. Crueldade Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro, *in: Revista Direito e Justiça*. ediPUCRS, vol. 34, nº 1, p.113-115, item nº 3.3.1, jan./jun., 2008, v.g.).

O eminente Deputado paulista ROBERTO TRIPOLI, que tem destacada atuação na área ambiental, ao contribuir para o debate que se realiza em torno do tema objeto deste processo, enfatizou, a respeito da “*vaquejada*”, que a crueldade é inerente à sua prática.

E, *ao assim afirmar*, assinala, *com absoluta correção*, o que se segue:

(...) na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encaço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar o animal pela cauda pode provocar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, levando a lesões traumáticas com o comprometimento da medula espinhal, como atesta parecer que já consta dos autos, exarado pela especialista em neuroanatomia Profª Drª IRVÊNIA LUÍZA DE SANTIS PRADA, médica veterinária, Professora Titular Emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo. Depois da exibição, muitos precisam ser sacrificados imediatamente, em virtude de lesões irreversíveis.

Destaque-se, ainda, que a prática de maus-tratos tem início antes mesmo de o animal ser solto na arena, pois da necessidade de simular uma perseguição deriva a sujeição do animal a toda sorte de maus-tratos, criando-se, artificialmente, uma razão para que o animal ingresse na arena em fuga, em momento determinado. O bovino é, então, preso em um pequeno cercado, onde é molestado, submetido a golpes e sucessivas trações de cauda, antes de ser solto na arena.

Também não encontra guarida a frequente alegação de que a vaquejada reproduz procedimentos realizados na lida diária do gado, pois segundo consta da literatura atinente aos métodos de contenção de bovinos, tratamentos clínicos em que há necessidade da derrubada do animal exigem a escolha de um solo plano e

macio, justamente, para evitar a ocorrência de traumatismos, ou até mesmo lesões irreversíveis do nervo radial, que podem levar à paralisia permanente. *Vale dizer que a prática de derrubar o bovino ao solo já é condenada pelas técnicas de produção pecuária, justamente, por elevar os riscos de fraturas e de morte a que são submetidos os animais.*

É forçoso, portanto, concluir que a regulamentação não possui o condão de impedir o risco de lesão permanente a que o animal fica exposto, e o sofrimento que lhe é causado, à medida que a prática inclui perseguição, tração de cauda e derrubada ao solo.

Inexiste norma legal que possa alterar a natureza dos fatos. Uma prática violenta, que ameaça a integridade física e mental dos animais, não deixa de ser cruel porque a lei a classifica como desportiva ou cultural.

E pelo princípio da moralidade, práticas dessa natureza devem ser abolidas, e não regulamentadas.

Igualmente censurável é a atribuição de valor desportivo, ou cultural, à prática que cause sofrimento aos animais, como propõe a legislação questionada.

(...)

Em defesa da legislação questionada, também não prospera o argumento de que as vaquejadas são práticas de relevância econômica, pois a Constituição da República condicionou a geração do lucro e de empregos à preservação do meio ambiente, cuja defesa foi elevada à categoria de princípio da ordem econômica, possibilitando ao Poder Público interceder para que a exploração econômica não se sobreponha à tutela ambiental. (Grifei.)

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei nº 15.299, de 08/01/2013, editada pelo Estado do Ceará, que regulamenta a *vaquejada* como prática desportiva e cultural, está em situação de conflito ostensivo com a norma inscrita no art. 225, §1º, VII, da Constituição da República, que, *insista-se*, veda a prática de *crueldade contra animais* e que tem, na Lei nº 9.605/1998 (art. 32), o seu preceito incriminador, eis que pune, a título de *crime ambiental*, a infligência de maus-tratos contra animais.

Impende assinalar que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, pois o texto constitucional, em *cláusula genérica*, vedou *qualquer forma* de submissão de animais a atos de crueldade.

Não vejo razão para modificar esse entendimento, Senhor Presidente, pois ele se ajusta, com *absoluta fidelidade*, à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou a propósito do significado que resulta do art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República.

Na realidade, e como registra a doutrina (ROCCO, Bruno Aurélio Giacomini. Algumas Considerações sobre o Convívio entre o Homem e os Animais, *in: Revista de Direitos Difusos*. Esplanada-ADCOAS, vol. 11/1.421, item nº 5, fevereiro/2002; RODRIGUES, Danielle Tetü. Tutela da Fauna: Reflexões sobre a Tutela Penal Brasileira, *in: Boletim Informativo Juruá* 315, p.13, 16 a 28 de fevereiro/2002; BECHARA, Erika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. 1ª ed. Juarez de Oliveira, p.22-23, item nº 2.3, 2003; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Contemporâneo*. p.327, item nº 4, 2007, RT, v.g.), os animais acham-se abrangidos pelo conceito genérico de fauna, o que permite estender, na linha da jurisprudência desta Corte, ao gado bovino, cruelmente tratado na denominada “vaquejada”, a proteção estabelecida no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República.

É relevante enfatizar que a proibição de práticas cruéis contra os animais, notadamente as concernentes às “vaquejadas”, encontra apoio na legislação ambiental, com especial destaque, como anteriormente mencionei, para a Lei nº 9.605, de 12/02/1998, que tipifica, como crime ambiental, as seguintes condutas:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (Grifei.)

A “ratio” subjacente a essa orientação – que também traduz a posição dominante na jurisprudência dos Tribunais em geral – encontra apoio em eminentes doutrinadores, como PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 887-888, 19ª ed., 2011, Malheiros, cuja análise, a propósito de tal matéria, põe em destaque as seguintes considerações:

Preceitua a CF, no art. 225: “§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Os animais fazem parte da fauna; e, portanto, incumbe ao Poder Público protegê-los (art. 225, §1º, VII, da CF). Essa proteção, como dever geral, independe da legislação infraconstitucional. Três tipos de práticas ficaram proibidos, e essas vedações terão sua maior eficácia “na forma da lei”, ainda que a Constituição Federal já atue a partir de seu próprio texto.

A Constituição Federal determinou que estão vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade. O STF vem decidindo, com admirável coerência, pela proteção dos animais em casos que se tornaram paradigmáticos, como a “farrá do boi”, em Santa Catarina, e a decretação da inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam rinhás de galos.

Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio. A Constituição Federal, ao impedir que os animais sejam alvo de atos cruéis, supõe que esses animais tenham sua vida respeitada. O texto constitucional não disse expressamente que os animais têm direito à vida, mas é lógico interpretar que os animais a serem protegidos da crueldade devem estar vivos, e não mortos. A preservação da vida do animal é tarefa constitucional do Poder Público, não se podendo causar sua morte sem uma justificativa explicitada e aceitável. (Grifei.)

Nem se diga que a “vaquejada” qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais.

O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas, eis que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil, como enfaticamente proclamou esta Suprema Corte (ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/1998) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/1998, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, §1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES – NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA – INCONSTITUCIONALIDADE

– A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes.

– A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.

– Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitir todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“*gallus-gallus*”). Magistério da doutrina. (...)

(ADI 1.856/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cabe lembrar, *por oportuno*, a observação que fez o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando do julgamento do RE 153.531/SC, ao repudiar a alegação de que práticas de crueldade contra animais possam caracterizar “*manifestações de índole cultural*”, fundadas em usos e costumes populares verificados no território nacional:

No ponto, duas vertentes de exame da matéria põem-se: de um lado, a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura, estipula:

Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

.....

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional.

Há, entretanto, outra, de assento constitucional também, com base no art. 225 da Lei Magna, invocada no recurso. Reza o art. 225:

Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República.

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no §3º do art. 225:

§3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado coibir.

Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.

*Não cabe, decerto, ignorar (...), que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas. Disso decorre serem manifestações difíceis para o Estado coibir. Mas, ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior, eis que a *quaestio juris* está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema, em face da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, *in fine*, da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido.*

Dele conhecendo, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida. (Grifei.)

Igual percepção sobre o tema foi revelada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do mencionado RE 153.531/SC, de que se tornou Redator p/ o acórdão:

Se, de um lado (...), a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal

é um grande todo –, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título “Do Meio Ambiente”, inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

Art. 225. (...)

VII – *proteger* a fauna e a flora, *vedadas*, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies *ou submetam* os animais a crueldade.

(...) *é justamente a crueldade* o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. *A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel.* Admitida a chamada “farra do boi”, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. (...)

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (...) (Grifei.)

Esse mesmo entendimento, *por sua vez*, é perfilhado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO (*Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. Malheiros, p.885, 2011.), que, *em magistério irrepreensível*, acentua serem ofensivas ao ordenamento positivo brasileiro as referidas práticas, ainda que *alegadamente amparadas* em contexto histórico, cultural e/ou folclórico:

Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a “farra do boi” estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/1998, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados “rodeios” ou “vaquejadas”, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. O emprego do “sedém” – aparelho com tiras e faixas de couro, fortemente amarrado na virilha do animal, com finalidade de comprimir seus órgão genitais e forçá-lo a saltitar e corcovear – caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/1998. Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que

fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As “brigas de galo” são consideradas atos de crueldade contra animais. (Grifei.)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, *ao fazê-lo*, registro que são essas as razões que me levam, *com a vênia dos que pensam em sentido contrário*, a considerar inconstitucional a prática da “vaquejada”.

É o meu voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, só para fazer algumas considerações. Todos nós sabemos que o debate sobre a proteção do animal faz parte hoje de um grande esforço e ocupa a crônica das cortes constitucionais. Não há nenhuma dúvida em relação a isto.

A ironia que se coloca neste caso, como já foi apontado pelo Ministro Teori, é que, pela primeira vez, aparentemente, em um Estado, se tenta regulamentar, em termos adequados, o tema. Inclusive vi informações, por exemplo, ressaltando que a cauda que se utiliza agora passa a ser uma cauda artificial, exatamente para não produzir esse efeito tão bem narrado pelo Ministro Barroso.

E a lei é clara nesse sentido, quer dizer, nós temos uma prática generalizada no Nordeste, mas, como disse o Ministro Teori, também muito comum, com alguma variação, em outras partes do País, que atrai um número enorme de pessoas, que acabariam por fazer isso a despeito da nossa declaração. Mas o curioso é que, quando o Estado toma medidas como esta:

Art. 4º Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

Inclusive abre para eventuais aperfeiçoamentos que se possam fazer. Portanto o legislador aqui foi extremamente cauteloso, como já tinha sido apontado até no voto do Ministro Fachin. Aí nós declaramos inconstitucional. Não vamos poder declarar inconstitucional a prática cultural que existe em todos os lugares. Então, quando se tenta imprimir padrões, vamos chamar assim, civilizatórios a esse tipo de prática, agora vamos dizer que a prática é inconstitucional.

É verdade que há muitas discussões nas cortes constitucionais sobre o assunto. Há vários casos sobre, por exemplo, a forma de matar o animal para consumo. O Ministro Fux também destacou isso. Se fôssemos levar a questão a ferro e fogo, teríamos que proibir a matança de animais. Por que não? Porque aí não há nenhuma dúvida em relação a isso. E eles são alimentados e engordados para isso. Ainda há pouco eu lia que, numa corrida recente em São Paulo, dois cavalos quebraram a perna. Acontece.

Na Alemanha houve um caso em que – nessa sensibilidade que muitos mostram e é justa em relação à proteção dos animais –, num dado momento, o legislador propôs que fosse proibido o negócio, via correios, de animais, porque se dizia que esses animais eram colocados numa estação de trem, remetidos para outra estação de trem e ficavam lá esquecidos. Eram tratados como bagagem e acabavam morrendo, acabam sendo sacrificados, acabavam sendo maltratados. Quando essa lei entrou em vigor e os correios passaram a recusar a remessa desses bichanos – gatos, cachorros e outros bichos –, os pequenos sítiantes que complementavam a sua renda com essa atividade reclamaram que isso atentaria contra a liberdade de profissão e acabaram na Corte Constitucional. E a Corte Constitucional fez uma análise sobre os fundamentos, as razões legislativas do projeto. Depois fez uma verificação de qual era o índice de mortalidade. Como os correios alemães são bastante organizados, eles tinham lá as anotações dos últimos anos. Chegaram à conclusão de que nada de anormal se passava, nada diferente do que se passava nos próprios criatórios. Por outro lado, o esquecimento de alguém em relação à busca daquele animal na estação também não era de se supor. Pelo contrário, as pessoas ficavam aflitas para buscar o animal encomendado. Feita essa verificação, a Corte concluiu que não havia nenhuma desproporcionalidade na colocação.

Nesse caso há até uma situação singular, porque havia, num determinado local, um produtor de minhocas. E nesse caso a minhoca era altamente evoluída. Ele disse que também estava atingido pela norma – minhoca para produzir agricultura orgânica. E a Corte teve que concluir que também não se aplicava esta regra às minhocas.

Portanto, vejam que, muitas vezes, nós somos movidos por um tipo de pré-compreensão que não corresponde à realidade. Descrever como se dá em algum lugar... Tem que se ver o que o legislador está a buscar, para aplicar métodos adequados. Agora, as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade como esta são extremamente sérias. Estamos falando de duzentos mil empregos. Nós temos uma lei que considera este cavaleiro como um profissional – tem direito à previdência social e tudo o mais. Nós temos, portanto, uma atividade plenamente regulada. E o que o legislador cearense busca é exatamente permitir que esses folguedos, que essas práticas sejam feitas observando padrões civilizatórios. Então isso precisa ser observado.

O Ministro Fux falou sobre a questão do tratamento inadequado dos animais. Há o debate que inclusive aqui já se colocou sobre o uso do *foie gras* – como se alimenta o animal, para depois ter-se o resultado –, e não se consegue proibir. Entende-se que isso se faz para alimentação, ainda que se diga que essa alimentação é para um grupo altamente selecionado de pessoas que conseguem pagar por essa iguaria em preços extremamente elevados.

De modo que a mim me parece que, ao invés de censurar essa lei, o que é diferente da discussão sobre a farra do boi ou até mesmo da rinha de galos – precedentes que estão estabelecidos –, nós deveríamos, se fosse possível, até fazer algum tipo de recomendação no sentido de que se adensem práticas com o intuito de proteção; mas não tentar cassar a lei, porque, na verdade, vamos estar colocando essa prática na ilegalidade, na clandestinidade. Não vamos conseguir suprimir esse aspecto cultural que é amplamente irradiado, amplamente conhecido.

Eu não sabia – o Doutor Almeida Castro ressaltou da tribuna – que isso concorre com o futebol, em termos de atração de público, em uma região do país que já é discriminada pelo subdesenvolvimento, em que as pessoas têm dificuldades de acesso a algum tipo de distração. Então a mim me parece que essa decisão não pode caminhar nesse sentido.

A lei do Ceará é digna de encômios. Faz-se um esforço no sentido de emprestar tratamento adequado. Nós temos que ver o texto constitucional, tal como ele está colocado, como um modelo de garantia institucional que pode ser desenvolvido – disse bem o Ministro Fux. E o legislador faz esse esforço. Do contrário, nós vamos lançar um grupo enorme de pessoas – não só os praticantes, mas também os assistentes, os espectadores – na clandestinidade, vítimas do rapa, alvos de chantagem, tudo aquilo que nós conhecemos quando se faz esse tipo de prática, tornando mais difícil a vida de gente que enfrenta enorme dificuldade da manhã à noite, em condições muito precárias, em que a única atividade de lazer talvez seja, nesse caso, a vaquejada.

Nós temos também outros debates. Por que não o polo? Por que não o turfe? Por que não o rodeio? Todos eles levam o animal para outra situação. Ora, em suma, é disso que se cuida. E por isso me parece que estamos focando a vaquejada sem levar em conta a lei que a disciplina, cujo teor é muito claro e permite, inclusive, que o poder público, no seu poder de polícia, de fiscalização, contribua para a melhoria desse tratamento.

Então, se nós levarmos avante a decisão no sentido da inconstitucionalidade, na verdade, estaremos praticando ou agravando as diferenciações e as discriminações já existentes, em nome de um modelo que sequer é coerente, porque, como disse o Ministro Fux, se se trata de discutir a questão nesses termos, proibamos o sacrifício de animais para alimentação. Se é disso que se cuida, porque, certamente, não há sofrimento maior do que a forma descrita por Sua Excelência mostrando como se faz para minimizar o susto, mas o próprio animal da percepção, como o suadouro, de que vai ser morto, além do tratamento, que é bastante antinatural. Não se trata de alimentação em pastagem, mas em espaços extremamente reduzidos.

De modo que nós devemos pensar um pouco nisto, refletir. Acho que nesse sentido é importante o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, porque não se trata de estender aqueles precedentes para este caso. Pelo contrário, aqui, nós temos um esforço no sentido de uma adequada regulação, que, inclusive, deixa abertura para que novas técnicas sejam incorporadas à prática, porque a premissa da lei é que não haja crueldade, que não haja maus-tratos. Então, a mim me parece que nós deveríamos refletir sobre isso, sob pena de estarmos tentando impor, impingir, a dadas culturas o nosso *way of life*; não me parece adequado.

Eu ainda lia sobre isso um autor português, clássico, Manuel Hespanha, em que ele destaca esse aspecto de que, ao fazer a ponderação, devemos levar em conta não as nossas pré-compreensões, necessariamente, mas os contextos em que essas práticas estão inseridas. E isso precisa ser divisado, sob pena de produzirmos, inclusive, decisões inúteis, porque, certamente, continuam a praticar a farra do boi nos locais em que isso se pratica. Quando se poderia ter discutido formas mais adequadas de se desenvolver essa prática, porque, no interior de Santa Catarina, como que se diz, essa prática é amplamente desenvolvida, independentemente da decisão que nós aqui tomamos.

O curioso, neste caso, é que, porque o legislador se preocupou com o tema e fez uma lei, se vai obter como prêmio a declaração de sua inconstitucionalidade.

Presidente, eu só gostaria, portanto – tenho até voto escrito sobre o tema –, de ressaltar que se trata de uma questão extremamente importante, porque diz também com a compreensão. Quer dizer, é fácil fazer o discurso do pluralismo, inclusive do pluralismo cultural, mas tem que ser respeitado o pluralismo. E veja, não se trata de: o pluralismo envolve matar pessoas. Não! Não é disso que se cuida. Matar os animais? Também não! Temos que ter essa abertura mental.

Pedindo todas as vênias, portanto, reitero que acompanho o Ministro Fachin e farei juntar voto escrito.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, o debate está de tão alto nível e acho tão importante, porque não é mesmo uma questão singela, e as preocupações trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes estão presentes no coração e na mente de todas as pessoas.

Ninguém quer tirar empregos, ninguém quer eliminar manifestações culturais, estamos apenas refletindo um pouco, em conjunto, como devemos lidar com *standards* éticos, valores morais que, ao longo do tempo, vão se transformando e impactando determinadas práticas. Claro que o emprego não me é indiferente nem a nenhum de nós, mas há regiões do país onde existe uma indústria de sexo com menores, que emprega muita gente, nem por isso me parece bem apoiar esse tipo de atitude.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência sabe que o exemplo não é mesmo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Não, não, veja, eu estou levando os argumentos de Vossa Excelência em conta com a maior seriedade, porque eles são importantes, mas há práticas culturais nacionais, há grupos de extermínio aceitos socialmente em diferentes partes do Brasil. Eu fui membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. A sociedade está lidando com total complacência com esses grupos porque as instituições formais não funcionam adequadamente. Vale para drogas, vale para um conjunto de atividades.

Eu não estou comparando no sentido de dizer que a vaquejada tem esse teor de delinquência. Estou apenas observando que há diversas atividades que empregam muitas pessoas, mas, em algum momento, elas são afetadas pela evolução histórica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ministro Barroso, desculpe, mas Vossa Excelência tem de comparar com outros esportes que usam animais e não com pedofilia.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Tome-se o exemplo dos linotipistas. Quando saiu o *offset*, os linotipistas caíram em desgraça, fizeram um movimento imenso, como todos sabemos, contra o avanço. Nós estamos vendo, neste momento, o embate entre motoristas de táxi e esse fenômeno do aplicativo Uber. Portanto, há processos históricos um pouco inelutáveis. A gente não consegue parar a história nem aparar vento com as mãos. Nós estamos um pouco procurando absorver a melhor forma de lidar com uma inevitabilidade histórica, que é “há uma nova ética animal se impondo”. Eu mais estaria disposto a debater uma fórmula de transição.

Esta lei é irrelevante, porque ela diz truísmos do tipo: a competição tem que ser realizada em espaço físico apropriado, a pista deve permanecer isolada por alambrado, os organizadores devem adotar medidas de proteção à saúde e integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais, é indispensável a presença de paramédicos. O que estamos discutindo é se a prática, em si, é legítima. Com todas as vênias, nós estamos em ação direta de inconstitucionalidade, estamos discutindo uma tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós estamos examinando a constitucionalidade da lei.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Sim, mas, se fixarmos uma tese jurídica “a crueldade é inerente à vaquejada e, portanto, ela é inconstitucional”, essa tese produz efeitos para além do caso concreto, agora já por força de disposição expressa do Código de Processo Civil, no artigo 998, elaborado sob a liderança do nosso querido Ministro e Professor Luiz Fux.

Eu estou apenas trazendo elementos para uma discussão que é relevante. Os aspectos suscitados pelo Ministro Gilmar não me são indiferentes, eles são importantes, porque têm emprego, porque é uma tradição cultural, mas gostaria de dizer que a tradição cultural já foi a de que os estrangeiros eram escravizados, que negros eram inferiores, que mulheres não podiam se alfabetizar, que *gays* deveriam ser mortos. Já houve tradições culturais de todo tipo.

A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento. Daqui a pouco, entrará na agenda ética da humanidade – ainda não estamos nesse estágio por uma série de questões civilizatórias, sociais e econômicas – a própria eliminação de animais para fins de alimentação. Não entrou porque é uma ideia cuja hora ainda não chegou, para usar a expressão célebre de Victor Hugo, mas a questão da ética animal para fins de entretenimento está entrando no radar ético da humanidade. Nós estamos tendo o primeiro capítulo de um debate que não vai acabar aqui nem neste caso, mas que é importante de se fazer. E ninguém me é indiferente; nada que é humano me é estranho nem ninguém me é indiferente.

Portanto, eu me preocupo com quem perde o emprego; eu me preocupo com quem perde a sua atividade e lazer, porém, penso que estamos diante de uma mutação ética do processo civilizatório e precisamos lidar com essas diferentes variáveis, sem tratar ninguém com desprezo nem desimportância, mas sem acreditar que vamos poder parar a história, porque a história caminha nesse sentido.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, como a seguir da sempre acutíssima manifestação do eminente Relator acabei exarando o posicionamento que inaugurou a divergência, gostaria de, em primeiro lugar, enaltecer as zonas de intercessão que diversas preocupações, manifestadas no colegiado até este momento e as demais que certamente serão também nessa direção, evidenciam uma comunhão de interesses e de preocupações legítimas.

Nada obstante, Senhor Presidente, estou reiterando a divergência, pedindo vênua ao eminente Relator e ao eminente Ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto também acutíssimo e sensível traduz uma preocupação que diz respeito a essa travessia de um paradigma exclusivamente antropocêntrico, preocupação essa que também a subscrevo, mas entendo que nessa dimensão, nessa travessia, e também pedindo vênua aos votos da eminente Ministra Rosa Weber e do eminente Ministro Celso de Mello, entendo que, neste caso concreto, estamos a falar de algo que foi reconhecido na própria petição inicial da ação pelo Ministério Público Federal, no sentido de tratar-se de uma manifestação cultural que tem agasalho na Constituição Federal, no inciso II do artigo 216, e que encontra uma legislação de caráter protetivo.

Por isso, no voto – e esta é a razão principal desta breve intervenção que faço –, procurei fazer uma comparação diferenciadora dos casos anteriores, especialmente da rinha de galo e da farra do boi. Portanto essa preocupação, aliás manifestada também na intervenção dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, procurei, de algum modo, arrostar, fazendo essa comparação diferenciadora para evidenciar que, neste caso, estamos diante de uma legislação que procura distinguir a extrapolação de uma prática cultural, que, derivada dessa tradição cultural, e cultural no seu verdadeiro sentido de índole constitucional, não determinadas práticas correntes abomináveis, inclusive do ponto de vista do relacionamento interpessoal que tornam pessoas objeto de interesse de outros seres humanos em posição avantajada. Nós estamos a falar de uma manifestação cultural no seu legítimo sentido, que esse significante encontra significado de assento constitucional.

E por isso entendi que essa Lei 15.299, do Estado do Ceará, de 2013, parece buscar exatamente coibir o que extrapola e arrosta, e, portanto, vai de encontro com a tutela constitucional que obviamente obsta a crueldade a animais.

Por essas razões e mais o que já havia manifestado e todos os relevantes acréscimos feitos a essa manifestação pelos ilustres Ministros que acompanharam a divergência, pedindo vênia ao eminente Relator e aos eminentes Colegas que acompanharam o eminente Ministro Marco Aurélio, eu reitero a divergência como manifestei.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, também, nesse sentido gostaria de esclarecer. Claro que aqueles que perfilharam a posição contrária ao voto do Ministro-Relator e, agora, a manifestação do Ministro Barroso, da ministra Rosa Weber e do Ministro Celso de Mello não estão a subscrever esse modelo caricatural, que não corresponde ao que está na lei. O que se está falando é de um tratamento adequado aos animais. E, obviamente, ninguém está a justificar práticas como escravidão ou pedofilia. Isso vale como argumento retórico, mas não tem realmente nenhuma valia nesse debate. Trata-se, aqui, apenas de ter um tratamento adequado. O que quero ressaltar é que, como é uma prática de locais distantes, se fosse turfe, se fosse um tipo de discussão para proibir corrida de cavalo, certamente diríamos: “Mas isso é um esporte tão tradicional”. Então, é uma forma elitista, inclusive, de tratar o tema; de desrespeitar a cultura popular.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Vossa Excelência me permite? Tenho a impressão de que, na raiz dessa discussão, está uma questão de fato. Ficou bem claro – pelo menos até a penúltima página do voto do Ministro Barroso – que se parte do pressuposto de que a vaquejada é sempre, necessariamente, cruel aos animais. Confesso que tenho dúvidas sobre a verdade absoluta dessa afirmação, porque aparentemente, pelo menos ao que me consta, não é isso o que acontece no normal. Mas, de qualquer modo, mesmo partindo desse pressuposto de que a vaquejada é sempre, necessariamente, uma manifestação de crueldade ao animal, que acarreta danos aos animais, penso que a lei – e é isso que temos de discutir, não é a inconstitucionalidade da vaquejada, é a inconstitucionalidade ou não da lei – é um avanço em relação a isso. Eu diria – para usar a imagem do Ministro Barroso que a extinção da escravidão teve passos – que essa lei é pelo menos equivalente à “lei do ventre livre” em relação a essa vaquejada cruel, que não sei se corresponde à verdade. Mas, enfim, ainda que correspondesse, eu diria que a lei é pelo menos uma “lei do ventre livre”, quer dizer, é um passo adiante. É melhor com a lei do que sem a lei. Foi isso que eu quis dizer. De modo que, a meu ver, é um retrocesso, em relação à violência contra o animal, considerar inconstitucional essa lei.

Esse é o resumo do meu voto.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Entendo. É uma forma. Cada um enxerga a vida do seu ponto de observação, e respeito todos os pontos de observação. Às vezes a gente elege aquilo em que quer acreditar. Portanto, as pessoas têm o direito de acreditar que torcer o rabo de um boi em alta velocidade para derrubá-lo com as

quatro patas para cima pode ser feito sem crueldade. Eu não concordo com a premissa, porque a definição de vaquejada é tracionar o rabo do boi para derrubá-lo e virá-lo com as quatro patas para cima dentro da faixa. É claro que, se alguém quer acreditar que é possível fazer isso sem lesionar o boi, respeito. Mas é uma premissa que não se sustenta factualmente. Basta entrar na Internet e escrever “vídeo sobre Vaquejada”, vão aparecer centenas. E não há nenhum em que a cena não seja estarrecidora.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Na verdade, Senhor Presidente, essa lei não instituiu a vaquejada, ela dispôs sobre meios minimizadores dessa prática, evitando a crueldade. Então essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – A da briga de galo também. A lei que foi declarada inconstitucional da briga de galo também dizia que é preciso proteger aqui, que é preciso proteger ali, que é preciso ter muro de separação, tem até que ter assistência emergencial *pro galo*.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas o voto do Ministro Celso de Mello sobre a briga de galo, falando sobre os atos preparatórios da briga de galo, já revelava a crueldade que se praticava contra os competidores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E porque o boi sai em disparada?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Penso que a densidade da discussão demonstra a importância do pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Isso. O Ministro Marco Aurélio diz no voto dele.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Por quê? A crueldade antecede à derrubada do boi.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – É isso. O boi, que é pacato no pasto, sai em desabrida disparada – disse o Ministro Marco Aurélio, no seu voto. Alguma coisa acontece.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – O que o boi preferiria: participar de uma vaquejada ou desse abate cruel que narrei aqui?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Devo reconhecer que pimenta no olho alheio é refresco!

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – É, mas, se fosse fácil, Presidente, não estaria tomando tempo e energia intelectual de pessoas com a qualificação das que estão aqui para tentar produzir uma solução. Não é fácil. Eu apenas acho que a dificuldade é que nós estamos lidando com uma mudança de paradigma.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse tema faz parte do processo civilizatório.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Certo. Começou na Bíblia, como diz Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como disse, eu não falei do Evangelho, quando, então, o cordeiro de Deus se imola no altar para que não haja nenhum outro sacrifício e ninguém mais se sacrifique por ele. E isso é da nossa Cultura ocidental, acredite-se ou não acredite naquele crucifixo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Não sei, mas a Bíblia tem passagens crudelíssimas contra as mulheres também, e nós não as reiteramos hoje em dia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Como se trata de vaquejada, acho que nós podemos deixar a vista, porque, como diria Chico Buarque, “o boi ainda dá bode”.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

PROCED.: CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (4107/DF)

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ (0011305/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador- Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, julgando procedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, julgando-o improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.06.2016.

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.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos

Assessor-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática cultural e desportiva.

Após o voto do eminente Relator, Ministro *Marco Aurélio*, que julgava procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dessa lei estadual, seguiram sua conclusão os Ministros *Roberto Barroso*, *Rosa Weber* e *Celso de Mello*. A divergência iniciada pelo Ministro *Edson Fachin*, no sentido da improcedência da demanda, foi acompanhada pelos Ministros *Gilmar Mendes*, *Teori Zavascki* e *Luiz Fux*. Na sessão de 2 de junho de 2016, pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Ministro Relator, após nova reflexão sobre o conteúdo dos autos, concluo estarem corretas as ponderações feitas pelo Ministro *Edson Fachin*, complementadas pelos demais Ministros que votaram também pela improcedência da ação.

Embora não haja qualquer referência na literatura colonial dos séculos XVII e XVIII no que tange à derrubada dos animais pela cauda, como afirmado pelo historiador, antropólogo, advogado e jornalista Luís da Câmara Cascudo em sua importante obra sobre a vaquejada nordestina (*A Vaquejada Nordestina e sua origem*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p.8), o pesquisador confirma que a vaquejada, como se conhece no nordeste e se difundiu pelas regiões sul e centro de nosso país a partir do século XIX, deixou de ser uma técnica empregada na “labuta de campo aos novilhos, barbatões, marrueiros” (*op. cit.*, p.14), no contexto da criação pecuária, para se tornar uma “demonstração esportiva e cultural” de seu povo.

Da mesma forma, outros historiadores confirmam a origem do evento desportivo como uma manifestação cultural do vaqueiro do nordeste, decorrente da prática da apartação nas fazendas de gado, não só no Estado do Ceará, mas desde na Bahia até em Pernambuco (PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1972).

No sertão baiano, a técnica da “derrubada” era aplicada pelos vaqueiros nas caatingas, não por esporte, mas como serviço de campo, como bem relatado pelo magnífico escritor *Euclides da Cunha* em sua clássica obra “Os Sertões”, o qual, ao se referir a uma de suas árduas tarefas nos idos de 1897, acabou por confirmar que o referido método estava incorporado às atividades do vaqueiro, do cavaleiro, desde o século XIX.

Vide, também, o que afirmou Celestino Alves:

(...) a vaquejada surge como esporte arriscado, selvagem, considerado por muitos como esporte bárbaro, ou melhor, como esporte de cabra-macho. (...) Não é um esporte de técnicos. As

maiores regras da vaquejada são: sangue frio, coragem, rapidez e concentração. O mais velho ensina o mais moço. Começou a vaquejada com as apartações, na terra do gado, nas fazendas. Quem nasce vaqueiro permanece vaqueiro, vem do sangue, vem do berço (cf. *Vaqueiros e vaquejadas*. Natal: UFRN, 1986).

A “Vaquejada”, expressão cultural oriunda da denominada “Festa da Apartação” é, como demonstrou o Estado do Ceará, um dos grandes acontecimentos do calendário dos vaqueiros do nordeste, o qual, além de manter sua tradição, tem trazido desenvolvimento social e econômico. Portanto, vejo com clareza solar que a atividade – hoje esportiva e festiva – pertence à cultura do povo nordestino deste país, é secular e há de ser preservada dentro de parâmetros e regras aceitáveis para o atual momento cultural de nossa vivência.

Note-se, *a latere*, que a relação do homem para com os animais não é, como costumeiramente se afirma, necessariamente de extermínio ou de tratamento cruel. A regra sempre foi de preocupação para com esses seres e isso pode ser verificado na obra de John Glissen em sua *“Introdução histórica ao Direito”* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995). Mesmo na antiguidade, por exemplo, o povo egípcio (4.000 a.C.) e, posteriormente, os indianos (cf. Edito nº I do imperador Asaoka, em 272 a.C.), passaram a impedir a matança de homens e de animais (esses em casos julgados como desnecessários) em sacrifícios.

Entretanto, não há como negar que todas as religiões, não só o cristianismo, têm atribuído ao ser humano a centralidade do mundo. As características morais têm sido designadas exclusivamente aos homens e mulheres, configurando o antropocentrismo, pensamento que prevalece até hoje em todas as nações, mas sem rejeitar o pensamento de que os animais devem ser protegidos.

Não se olvide que as manifestações culturais esportivas, assim como as religiões, são frutos da sociedade e de seu tempo.

No que tange ao tema desta ação, é evidente que não se pode admitir a exploração dos animais, nem seu tratamento cruel ou execrável, como esta Corte já decidiu nos julgamentos da ADI nº 1.856/RJ, Relator o Ministro *Celso de Mello*, julgada em 26/5/11, relativamente à “briga de galos”; da ADI nº 2.514/SC, Relator o Ministro *Eros Grau*, julgada em 29/6/2005, relativamente à “farra do boi”, e do RE nº 153.531/SC, Relator o Ministro *Francisco Rezek*, Relator para o acórdão o Ministro *Marco Aurélio*, julgado em 3 de junho de 1997, sobre a mesma atividade.

Há que se salientar haver na espécie, no entanto, elementos de *distinguishing* a impedir a aplicação ao caso dos precedentes a que me referi. Em primeiro lugar, saliento que, na “farra do boi”, não há técnica, não há doma e não se exige habilidade e treinamento específicos, diferentemente do caso dos vaqueiros, que são profissionais habilitados, inclusive, por determinação legal (Lei nº 12.870/2013). Portanto, não há que se falar em atividade paralela ao Estado, ilegítima, clandestina, subversiva.

Quanto às “rinhas de galos”, esses animais são postos em uma arena de combate para “matar ou morrer” e, como restou bem debatido naqueles autos, os animais vinham sendo submetidos a uma longa preparação tortuosa e cruel, elementos fáticos e jurídicos de decidir que não se verificam nos presentes autos.

Portanto, não posso deixar de concordar com os relevantes argumentos apresentados pelo culto Ministro *Edson Fachin*, que iniciou a divergência, e tomo a liberdade de aqui relembrar as expressões que foram muito bem utilizadas por Sua Excelência:

O que se entende por processo civilizatório, com a devida vênia, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam inculpidas como tradição cultural. Ao contrário, numa sociedade aberta e plural, como a sociedade brasileira, a noção de cultura é uma noção construída, não é um *a priori*, (...) e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país.

Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja.

Essa também foi a posição que firmei no julgamento da ADI nº 1.856, quando votei no sentido de que houve determinação constitucional, no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal, para que a lei ordinária fosse competente para estabelecer a proteção dos animais e sua respectiva gradação.

A prática da vaquejada não estava regulamentada, era uma atividade cultural e, como indicado no início deste voto, inclusive sob a égide da Constituição de 1988, jamais houve qualquer reprimenda por parte das instituições até então. Somente com o advento da Lei estadual nº 15.299/2013, *que teve como preocupação organizar a manifestação esportiva, com dispositivos para se evitar, inclusive, formas de maus tratos aos bovinos*, é que se promoveu a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Faço essa observação para reconhecer, também, que se trata de uma opção legislativa, ponderação que deve ser feita pela sociedade e por seus representantes, tanto é que inúmeros são os legislativos estaduais e até municipais que têm escolhido se admitem ou não, em seus respectivos territórios, a realização dessas atividades. No Distrito Federal, por exemplo, a Câmara Legislativa derrubou o veto ao projeto de lei que reconhecia a vaquejada como modalidade cultural e esportiva, sendo a Lei distrital nº 5.579/2015, por fim, publicada.

Não se trata apenas de ler a Constituição Federal com os olhos voltados para nossa realidade: a *carta constitucional*, como afirmou o Ministro *Gilmar Mendes* em seu voto na última sessão - relembrando as lições de Peter Häberle, que se inspirou em Martin Heidegger –, é a própria cultura de um povo (*cf. Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000). Também não podemos olvidar que a ciência do direito é a ciência da vida, dos fenômenos sociais e culturais.

Relembro, nesse ato, o escrito de Gustav Radbruch, que sustentava que a cultura não é um valor puro, mas:

uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam, quer não, a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma ideia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.41 e 42).

Como já salientado pelo Ministro **Edson Fachin**, não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos. Anote-se, além disso, que a própria lei que ora se ataca faz a defesa dos animais contra essas ações; ou seja, a própria lei exige o respeito aos animais e não institucionaliza a tortura, o que impede, *data venia*, que se admita a colisão da lei ora atacada com o art. 32 da Lei nº 9.605/98, definidora dos crimes ambientais.

Portanto, por não vislumbrar afronta ao art. 225, §1º, inciso VII, e ao art. 215, §1º, da Constituição da República, acompanho, na integralidade, a douda divergência e julgo improcedente a ação.

É como voto.

06/10/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, pedirei vênua para acompanhar o Relator.

Eu me reporto aos argumentos muito bem lançados por Sua Excelência, até por estar fisicamente impossibilitado, por problemas de voz, de aprofundar um pouco o debate. Faço uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que consideram os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos.

E, para fazer essa interpretação, reporto-me à Carta da Terra, que foi subscrita pelo Brasil. É uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz e à justiça socioeconômica. Foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Essa Carta, dentre seus vários princípios, estabelece o seguinte: “Reconhecer que todos os seres são interligados, e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”. Isso significa respeitar todos os seres vivos em sua completa alteridade.

Com esses argumentos que desenvolvo em meu voto, e farei juntar depois aos autos, acompanho o Ministro Marco Aurélio, pedindo vênias aos excelentes votos divergentes que foram proferidos.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Após ouvir os judiciosos pronunciamentos dos colegas que me antecederam, peço vênias à divergência para aderir integralmente ao substancioso voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que bem destacou que a atividade da vaquejada, aqui impugnada, revela “inequívoco envolvimento de prática cruéis contra bovinos”.

Nesse sentido, o Relator destacou que:

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes das trações forçadas no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arranchamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatia focal e, por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

Gostaria de dizer que eu faço uma interpretação biocêntrica do art. 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma perspectiva antropocêntrica, que considera os animais como “coisas”, desprovidos de emoções, sentimentos ou quaisquer direitos.

Reporto-me, para fazer essa interpretação, à Carta da Terra, subscrita pelo Brasil, que é uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz e à justiça socioeconômica, foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Dentre os princípios que a Carta abriga, figura, logo em primeiro lugar, o seguinte: “Reconhecer que todos os seres vivos são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente do uso humano.”

Isso quer dizer que é preciso, sobretudo no momento em que a própria sobrevivência do Planeta está em xeque, respeitar todos como seres vivos em sua completa alteridade e complementariedade.

Hoje, nesses dias turbulentos que experimentamos, o critério para se lidar com o meio ambiente deve ser *“in dubio pro natura”*, homenageando-se os princípios da precaução e do cuidado.

Por essas singelas razões, e incorporando ao meu voto os doutos argumentos do Relator, julgo procedente o pedido veiculado na inicial, para declarar inconstitucional a Lei 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Também vou pedir vênia à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Edson Fachin.

Este é um caso que, em grande parte, determinou muitos estudos, acho que de todos nós. Precisamos assistir a alguns tantos vídeos – pelo menos eu que não tenho nenhuma experiência com temas como o posto nesta situação – até para cuidar do que seria uma atividade esportiva ou festiva, como o Ministro Dias Toffoli traz agora, e já foi em outros votos aventado, ao que considereei uma agressão e sofrimento, mesmo considerando-se que a lei tentava preservar, desde 2003, uma situação de cuidar daqueles animais para que não houvesse o sofrimento, para que não houvesse nenhum tipo de judiação. Mas não foi isso que extraí, nem do que pude observar, do estudo mesmo, assistindo a esses eventos, nem do que pude ler a respeito das preparações e de como se chega a isso, do que seriam folguedos, mas que, na verdade, são manifestações extremamente agressivas contra os animais, e que nos levam a analisar a Constituição dentro – com as vênias devidas aos que pensam em sentido contrário, evidentemente – de um marco civilizatório que preserve a vida e, com isso, tenta fazer com que a violência não ultrapasse nem chame mais violência, e é praticado efetivamente.

Portanto, não me vi convencida dos argumentos no sentido de que, pela legislação, tentou-se exatamente dar um maior cuidado ao treinamento e a um tratamento mais, talvez, cuidadoso com os animais para que não se chegasse a essa situação de agressão. Não foi o que me pareceu. Neste caso, pareceu-me que tem razão o Procurador-Geral ao requerer a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos impugnados – com todas as vênias, como disse –, sabendo que este é um caso em que sempre haverá os que defendem, considerando mesmo o que foi posto aqui, que é uma atividade que vem de longo tempo, que se engravou grandemente na cultura de parte considerável do nosso povo, mas também cultura se muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida.

Razão pela qual, pedindo vênia aos que pensam em sentido contrário, a divergência tão bem-estruturada nos seus votos, acompanho o Relator para também julgar procedente o pedido.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Presidente, considerada a densidade dos votos que sobrevieram, acho pertinente acrescentar algumas considerações ao meu adiantamento do voto que proferi na sessão que se iniciou o presente julgamento em 12 de agosto de 2015.

É importante registrar que temos uma densa questão constitucional subjacente: saber até onde vai o limite da proteção estatal aos animais e o respeito, igualmente estatal, à diversidade de manifestação cultural quando esta utiliza os animais em sua prática, a saber:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º *O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou *submetam os animais a crueldade.* – Grifei.

Existem muitos “Brasis” dentro do Brasil, cujas regiões ostentam diferenças culturais, as quais devem ser respeitadas e incentivadas, na medida em que correspondem à reafirmação do seu passado, bem como à correlação com ele.

Aqui não vai nenhuma crítica ou prevalência desta ou daquela manifestação cultural, mas o claro discurso de que não pode haver uma única visão sobre a exploração

do animal pelo homem, a qual pode ocorrer de diferentes maneiras. Entretanto, sua interpretação nunca pode estar dissociada da realidade da comunidade na qual inserida a prática cultural.

Assim, determinada prática que, para os sulistas, pode ser desinfluyente, para um nordestino, pode ser ínsita à sua formação histórica; o que para um nortista traduz a sua manifestação cultural, para os “sudestinos” pode não significar nada; e vice-versa.

Da mesma forma que não se pode impor a cultura de determinada parcela da população para outra que não a cultiva, não se pode impedir a prática de atividades culturais das quais não compartilhamos.

Trata-se de visões diversas de concidadãos que merecem ser respeitadas, sob pena de confronto com um dos objetivos fundamentais da República brasileira, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CF).

Não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais, tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório. E quem diz o que é avanço civilizatório? Todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso dos aspectos normativos do que seria tal “avanço” e de seus limites? Cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar quais marcos civilizatórios estão corretos e devem ser observados pela população?

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de Antônio Manuel Hespanha, *in verbis*:

A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação – princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, *problem oriented, case sensitive*). *Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, “escalas de medida” da força de cada argumento, ou de cada princípio.*

O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso.

Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos. O argumento do “interesse público” é muito forte na ordem jurídica estadual, mas pode ser quase irrelevante na *lex mercatória* ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos *pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes.* Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita **não** com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente:

- assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores;
- assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação;
- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;
- assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito.

Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador:

- expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;
- experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;

- tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;
- dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. 320p. p.274-276) – Grifei.

Desse modo, podem coexistir, em uma mesma nação,

(...) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”, cuja resolução conflituosa *não* se realiza com “base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores” ou “assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo “juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Portanto, conclui Hespanha que “o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”, contemplando: 1) “as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;” 2) “as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;” 3) “a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;” e 4) “dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Pois bem.

Sobre a historicidade da vaquejada, transcrevo o seguinte registro:

Na década de 40, a vaquejada era conhecida por corrida de mourão e tornou-se muito popular na Região Nordeste. Antes, os vaqueiros mostravam como faziam na lida do gado, vestiam seus gibões – roupa de couro que protege o vaqueiro da vegetação seca – e tentavam derrubar o animal em movimento.

Na época dos coronéis, quando não havia cercas no Sertão nordestino, os animais eram marcados e soltos na mata. Depois de alguns meses, os coronéis reuniam os peões (vaqueiros) para juntar o gado marcado. Eram as pegas de gado.

Montados em seus cavalos, vestidos com gibões de couro, estes bravos vaqueiros se embrenhavam na mata cerrada em busca dos bois, fazendo malabarismos para escaparem dos arranhões de espinhos e pontas de galhos secos.

Alguns animais se reproduziam no mato. Os filhotes (maruá) eram selvagens por nunca terem mantido contato com seres humanos, e eram esses animais os mais difíceis de serem capturados. Mesmo assim, os bravos vaqueiros perseguiam, laçavam e traziam os bois aos pés do coronel.

O historiador Câmara Cascudo dizia que, por volta de 1810, ainda não existia a vaquejada, mas já se tinha conhecimento de uma atividade parecida.

Era a derrubada de vara de ferrão, antes praticada em Portugal e na Espanha, onde o peão utilizava uma vara para pegar o boi. *Mas derrubar o boi pelo rabo, a vaquejada tradicional, é puramente nordestina.*

Na região Seridó do Rio Grande do Norte, onde, possivelmente, tudo começou, era impossível o uso da vara, pois o campo era muito acidentado e a mata muito fechada e, por essa razão, tudo indica que foi o vaqueiro seridoense o primeiro a derrubar boi pelo rabo. Uma indicação para isso era a existência dos currais de apartação de bois, que deram origem ao nome da cidade de Currais Novos, também no Rio Grande do Norte.

Esses currais foram feitos em 1760. E era entre 1760 e 1790 que acontecia em Currais Novos a apartação e feira de gado. Foram dessas apartações que surgiram as vaquejadas.

O pátio de apartação de São Bento, no município de Currais Novos foi construído em 1830. Somente em 1874 apareceu o primeiro registro de informação sobre vaquejada.

O escritor José de Alencar escreveu a respeito da “puxada de rabo de boi” no Ceará, mas não como sendo algo novo, ele deixou claro que a prática já ocorria anteriormente. Nessa luta, alguns desses homens se destacavam por sua valentia e habilidade. Foi daí que surgiu a ideia da realização de disputas.

O chão seco e a caatinga foram substituídos por grandes parques de vaquejadas, espalhados por toda a região. Hoje, existem clubes associações, calendários e patrocinadores, para que esse esporte se torne cada vez mais popular. Existe polêmica onde aconteceu a primeira vaquejada, Itapebussu (no Ceará) e Surubim (em Pernambuco) disputam o título.

Oficialmente, de acordo com a organização das duas vaquejadas, a mais antiga seria a de Itapebussu, que em 2007 realizou a vaquejada de número 62, e Surubim, 61.

Porém, extraoficialmente, sabe-se que a contagem da Vaquejada de Surubim só começou a partir da terceira competição, pois até a segunda ninguém havia pensado em abrir a contagem.

Então um fazendeiro da região resolveu fazer um forró para todos se divertirem após a competição, abrindo assim a contagem de 1 (um). Surubim é considerada a “Capital da Vaquejada”, onde a principal vaquejada, do Parque J. Galdino, acontece no mês de Setembro, época que a cidade recebe milhares de turistas.

É bom lembrar que nos anos 60, a nossa querida Pombal se destacava por realizar talvez a maior vaquejada do Sertão paraibano, graças ao pioneirismo de Natal Queiroga, um homem de visão que vislumbrava que o evento poderia ser explorado do ponto de vista turístico, o que na verdade aconteceu, com o envolvimento, inclusive, de toda a sociedade Pombalense, dos estudantes universitários etc. e tal.

Na época, a festa da vaquejada Pombalense só perdia para a Festa do Rosário, em termos de público.

Assim, a vaquejada é uma festa genuinamente brasileira, com uma tradição de mais de 100 anos.

Nos últimos 20 anos veio se modernizando e profissionalizando tornando-se reconhecida como esporte através da Lei Pelé (Lei nº 9.615, de 1998), que elevou o peão à categoria de desportista, garantindo a ele benefícios como seguro de vida e ditando regras quanto ao contrato profissional.

Esta lei foi regulamentada pela Lei Federal no 4.495/98, de autoria do deputado Jair Meneghelli (PT-SP), que regulamenta os rodeios (e vaquejada) no País, permitindo o uso de “sedém” e esporas no rodeio.

Esta lei, aprovada pelo Congresso Nacional, equiparou o peão de boiadeiro a atleta profissional, em vigor desde abril de 2001.

(...)

Em cerimônia realizada no jardim do Palácio da Alvorada, com direito a música sertaneja ao vivo, dança catira, chapéus ao ar e sessão de fotos, o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou no dia 17 de julho de 2002, a lei que regulamenta a realização de rodeios e vaquejadas, considerados como esporte, estabelecendo normas sanitárias para a proteção dos animais nos eventos.

(...) existem mais de 1.000 vaquejadas sendo realizadas no Brasil em praticamente todos os estados. (Disponível em: <<http://www.vaquejadanet.com.br/noticias/detalhe/?id=7>>. Acesso em: 1 jun. 2016) – Grifei.

Vê-se, pois, que a vaquejada é uma atividade genuinamente nordestino-brasileira, constituindo tradição de mais de 100 (cem) anos, que faz parte do patrimônio histórico de parcela de concidadãos, na medida em que reflete a manifestação cultural mais popular do ciclo bovino nordestino (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=naH_fHhUYg. Acesso em: 2 jun. 2016).

Trata-se de evidente conflito de “visões de mundo” entre os que querem a proibição dessa atividade e os que a defendem, cuja resolução não pode recair na aplicação da regra do “tudo ou nada”.

De um lado, é certo que não se pode apagar essa história de parcela do povo brasileiro e passar, de repente, a proibir tal prática, tendo em vista que se estará apagando a continuidade do registro histórico, a qual repercute na própria manifestação cultural.

Do mesmo modo que o Estado deve coibir a submissão dos animais à crueldade, não se pode desconsiderar o direito de manifestação cultural quando esta, *per si*, é compatível com o âmbito de proteção normativa de proteção dos animais.

Por outro lado, se a prática de determinadas condutas no desempenho da atividade possa traduzir nocividade ou crueldade, esta deve ser repelida, cumprindo o disposto no art. 225 da CF.

Data maxima venia, a vaquejada é demasiadamente diferente dos casos julgados por esta Corte envolvendo a “farra do boi” (RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek, Red. p/ Ac. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 13-03-1998) ou a “rinha de galo” (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 29.6.2007), nos quais a crueldade é ínsita à própria manifestação, as quais visam, sabida e conscientemente pelos atores, ao desforço de sofrimento e mutilação e/ou morte dos animais.

Na vaquejada não há intuito premeditado de machucar, mutilar ou matar quaisquer dos animais envolvidos (equinos ou bovinos), sendo prática que, em si, não afigura nenhum tipo de dano físico aos semoventes envolvidos.

E não se alegue que o simples fato de promover a derrubada do boi dentro de uma faixa delimitada configura maus-tratos em ambos os animais (equinos e bovinos), sob pena de esse raciocínio também proibir a montaria de qualquer ser humano em cavalos, tendo em vista a submissão destes a incessante percurso com pessoa em sua garupa (cavalgadas) ou mesmo a treinos e competições (hipismo), que, não raras vezes, levam o animal e, conseqüentemente, sua musculatura a incomparável esforço físico.

Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas conseqüências e seus efeitos colaterais possam ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p.65).

Assim, embasando-se em reflexões semelhantes às de Richard M. Hare, Klaus Günther anota que:

Com intuito de expor, como diríamos, a *validade* de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de conseqüências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais conseqüências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos. Mas, nesse caso, também não importa se eles fazem parte ou não da respectiva situação de aplicação. Isso *não* quer dizer que características especiais da situação de aplicação não possam ser relevantes na reflexão sobre se a norma ainda poderia ser aceita, mesmo quando, em outra situação, fossem levadas em consideração essas características. No entanto, devemos considerar esses fatos no contexto dessa reflexão, independentemente de fazerem parte da aplicação.

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, *nesta situação*; se forem consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida (*sic*) uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. No centro desse âmbito está exclusivamente a proposta normativa com o seu conteúdo semântico, conforme estiver definido pelos termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p.47).

Desse modo, tendo em vista que a condição semântica de que uma norma não pode conter nomes próprios, também não pode o julgador, em caso específico, aplicar determinados valores que, em equivalentes situações, não o faria. É preciso avaliar em termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p.60).

Com base nesse ponto de vista,

(...) não é lícito perguntar se é correto aplicar uma norma em uma situação, como ela teria de ser aplicada etc., mas apenas questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso ela fosse aplicada em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, *como regra*, a norma está dentro dos nossos interesses comuns. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p.69).

É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte. Não é possível partir-se de um discurso universal de proteção aos animais, como valor autônomo, invocando-se o bem-estar animal e a simples vedação à crueldade, se a mesma fundamentação e se suas consequências, além de seus efeitos, não sejam identificáveis em situações semelhantes. Aqui podemos mencionar o rodeio de Barretos, a prova do laço no Rio Grande do Sul, o abate de animais para alimentação, o uso de camundongos em testes de laboratórios e, como já mencionei, o próprio hipismo. E não esqueçamos que o hipismo é esporte olímpico, já que não faz muito que acabou a Rio 2016!

Indo ao extremo do argumento descrito na peça inicial, ninguém pode negar que o hipismo também causa cansaço, exaustão e às vezes até sofrimento físico ao cavalo, porém é prática aceita e incentivada mundialmente.

Vê-se, pois, que há situações em que não podemos inovar sem limites, não podemos estipular que determinada conduta é, ou não, correta com base em pressupostos morais que seriam facilmente refutados em situações semelhantes. Algo no estilo do narrado por Monteiro Lobato no livro "A Reforma da Natureza", em que Emília, inspirada na história de Américo Pisca-Pisca, brinca de Deus, fazendo uma série de inovações em animais, plantas e objetos com base em sua visão de mundo e do que julga ser importante. Ao final, descobre que muitas delas eram sem utilidade e, pior, acabavam prejudicando o que vinha funcionando bem.

Para aqueles que não se recordam, destaco um trecho do livro de Monteiro Lobato em que ele faz referência ao reformador da natureza Américo Pisca-Pisca:

(...) tinha o hábito de pôr defeito em todas as coisas. O mundo para ele estaria errado e a natureza só fazia asneira.

– Asneira, Américo?

Pois então?... Aqui mesmo, neste pomar, você tem a prova disso. Ali está uma jabuticabeira enorme sustentando frutas pequeninas, e lá adiante vejo uma colossal abóbora, presa ao caule de uma planta rasteira. Não era lógico que fosse justamente o contrário? Se as coisas tivessem de ser reorganizadas por mim, eu trocava as bolas, passando as jabuticabeiras para a aboboreira e as abóboras para a jabuticabeira. Não tenho razão?

Assim discorrendo, Américo provou que tudo estava errado e só ele era capaz de dispor com inteligência o mundo.

Mas o melhor, concluiu, é não pensar nisto e tirar uma soneca à sombra destas árvores, não acha?

E Pisca-Pisca, piscando que não acabava mais, estirou-se de papo para cima à sombra da jabuticabeira.

Dormiu. Dormiu e sonhou. Sonhou com um mundo novo, reformado inteirinho pelas suas mãos. Uma beleza!

De repente, no melhor da festa, plaft! Uma jabuticaba cai do galho e lhe acerta em cheio o nariz.

Américo desperta de um pulo. Pisca-Pisca medita sobre o caso e reconhece, afinal, que o mundo não era tão mal feito assim. E segue para a casa refletindo:

– Que coisa!... Pois não é que se o mundo fosse arrumado por mim, a primeira vítima teria sido eu? Eu, Américo Pisca-Pisca, morto pela abóbora por mim posta no lugar da jabuticaba? Hum! Deixemo-nos de reformas. Fique tudo como está que está tudo muito bem.

E Pisca-Pisca continuou a piscar pela vida à fora mas já sem a cisma de corrigir a natureza.

Limitemos a nossa criatividade!

Pois bem, vemos que a vaquejada é uma manifestação cultural que existe há décadas; que há regulamentos e a própria legislação ora contestada prevê formas de garantir a proteção do animal nela utilizado.

Não cabe a nós, com base uma visão não universalizada do que é, ou não, correto nessa situação, estabelecer que a vaquejada não deve continuar a ser realizada licitamente. Digo isso porque sabemos que, mesmo proibida, continuará a existir. Não sejamos como Américo Pisca-Pisca, não queiramos colocar abóboras em jabuticabeiras porque elas acabarão, como no conto, caindo em nossas próprias cabeças!

Nesse aspecto de proteção ao animal, é importante registrar que já é utilizado protetor de cauda nos bovinos para evitar qualquer alegação de aflição de dores ou alegação de maus-tratos (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a2c69VP8eIM>>. Acesso em: 2 jun. 2016).

Além disso, tal como argumentado pela Associação Brasileira de Vaquejada, admitida como *amicus curiae*, hodiernamente há uma série de determinações, a fim de conceder maior proteção aos animais utilizados no evento. Mencione-se o Regulamento de Bem Estar animal, adotado pela associação e aplicado às vaquejadas, que proíbe os competidores de açoitar os cavalos, “bater, esporear ou ainda puxar as rédeas de modo a machucar o animal” (item 28), além de dispor sobre a obrigatoriedade de:

- (i) assegurar a ausência de fome e de sede dos animais; (ii) assegurar a ausência de ferimentos e doenças; (iii) assegurar a liberdade comportamental; (iv) minimizar situações de estresse, medo e ansiedade; (v) promover a melhoria da qualidade do ambiente, garantindo condições de saúde, segurança e bem-estar público; (vi) assegurar e promover a prevenção, redução e eliminação da morbidade, da mortalidade decorrentes de zoonoses nos animais; (vii) assegurar e promover a participação, a educação sanitária, o acesso à informação e a conscientização da coletividade nas atividades envolvendo animais que possam comprometer a saúde pública ou o meio ambiente.

Assim como no hipismo, é bem verdade que, na vaquejada, pode ocorrer episódica e inesperadamente algum ferimento, ainda que não desejado, de forma que deve, nesse caso, haver responsabilização do infrator pela inobservância de uma proibição de realização de maus-tratos no animal.

Isto é, existem formas de minimizar ou eliminar qualquer tipo de consequência física nos semoventes participantes.

Ao meu sentir, penso que o mandamento do art. 225, §1º, da CF pode ser assegurado ao permitir a prática da vaquejada e, eventualmente, ocorrendo a prática de ilegalidades, ocorrer a punição tal como previsto no §3º do art. 225 da Lei Maior:

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O ordenamento jurídico nacional já dispõe de instrumentos hábeis e suficientes para coibir eventuais excessos, tal como as disposições da Lei 9.605/1998 e a fiscalização, pelos órgãos federal, estadual e municipal, de controle ambiental, sem prejuízo da atuação do Ministério Público.

E penso que a lei ora questionada do Estado do Ceará acabou prestigiando a prática da manifestação cultural e/ou “socioesportiva”, reafirmando o comando do art. 215 da CF e proibindo determinadas condutas que possam afetar o âmbito da proteção do art. 225 da CF, tal como previsto no §3º do art. 4º, a saber:

§3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Isso tudo, sem prejuízo – por óbvio – da incidência das disposições das normas protetivas ambientais em relação aos animais, no campo penal, administrativo ou civil.

Ou seja, a norma estadual procurou compatibilizar dois princípios constitucionais que, em regra, não são contraditórios, porém fática e especificamente poderiam se chocar. E, quando ocorrer maus-tratos, deve haver a responsabilização do causador do dano.

Proibir a prática, além de ser contrário ao mandamento constitucional do art. 215, também deixaria à margem do ordenamento jurídico uma parcela da população que tem nessa prática única fonte de sustento e a vive como sendo ínsita à produção cultural de parcela dos nordestinos.

Ressalte-se, ainda, estudo encomendado a economistas pela Associação Alagoana de Criadores de Cavalos Quarto de Milha (ALQM), para analisar a importância econômica da vaquejada para Alagoas. De acordo com o relatório, divulgado em dezembro de 2015, a prática movimentada, em média, anualmente, mais de R\$ 62 milhões e emprega cerca de 11 mil pessoas, sendo 4.800 de forma direta.

Como indicado no parecer técnico, “a atividade fica à frente de importantes segmentos como a indústria químico-plástica (tendo a Braskem como empresa-chave), da agricultura (sem contar o setor sucroenergético) e a da indústria têxtil” (“O Mercado da Vaquejada em Alagoas”, coordenado pelos economistas Lucas Sorgato e Jarpa Aramis, *cf.* noticiado no jornal Gazeta de Alagoas em 27.12.2015).

Consequentemente, a interpretação que mais se coaduna com a conjugação das expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos é aquela que regule a prática, de forma a coibir excessos, e não a que a vede e estimule a marginalidade, gerando, portanto, efeitos mais nocivos do que sua regulação estatal.

A utilização de critérios de ponderação faz-se, assim, extremamente relevante no tema aqui tratado. Verificar se, no caso concreto, determinada prática agride o animal a tal ponto que possa ser considerada desproporcional ou injustificável para obtenção do fim pretendido – para manifestações culturais, religiosas ou comerciais – já foi objeto de análise de diversas Cortes Constitucionais no mundo.

Em caso em que avaliou a compatibilidade de corridas de touro na França com os valores constitucionais de proteção aos animais, o Conselho Constitucional francês, baseado, igualmente, nessas “escalas de medida” do grau de intensidade de cada argumento aplicado à questão em concreto, considerou não ser inconstitucional a previsão de uma espécie de diferença de tratamento entre as regiões com tradição

taurina das demais, que condenam sua prática. Acabou por conceder, portanto, especial importância às tradições locais, avaliando que, para aqueles determinados povoados, a realização de touradas era de especial relevância em face dos possíveis danos causados aos touros.

A tauromaquia tornou-se prática legal na França em 1951, com a introdução de um parágrafo sobre o tema na lei contra maus-tratos de animais domésticos. Nesses termos, estabeleceu-se que seus dispositivos não seriam aplicáveis às corridas de touro, desde que se demonstrasse a existência de ininterrupta tradição da prática. Em 1951, ao texto foi adicionado o adjetivo “local”, deixando vago o conceito de “tradição local ininterrupta” que poderia ensejar a exceção. Como a lei não identificou regiões ou cidades onde a corrida de touros é uma tradição, coube aos juízes decidir caso a caso.

Em setembro de 2012, o Conselho Constitucional francês declarou que as touradas são permitidas em certas regiões da França, sem que isso constitua ofensa à Constituição. Ao interpretar o dispositivo que trata do tema, entendeu que “local” deve ser visto de forma restritiva. Também, que é preciso provar que a tradição costuma existir na mesma localidade, em si (e não apenas em cidades próximas), bem como que é prática “ininterrupta”, ou seja, que os espetáculos são organizados regularmente (Cf. *Décision n. 2012-271 QPC du 21 septembre 2012*).

Questão semelhante foi submetida ao Tribunal Constitucional espanhol. Em julho de 2010, a Catalunha aprovou lei que aboliu as corridas de touros nessa comunidade autônoma (Ley 28/2010). Logo após sua aprovação, o Partido Popular espanhol apresentou recurso de amparo baseado em três pontos: a competência das comunidades para legislar sobre o tema; a importância do fator cultural da corrida dos touros e o fator econômico representado pelas festas relacionadas às corridas.

Em outubro de 2016, o Tribunal Constitucional espanhol declarou inconstitucional a lei catalã, por entender que a comunidade autônoma, ao exercer sua competência para regulamentar espetáculos públicos, invadiu a competência do Estado para legislar sobre preservação do patrimônio cultural comum. Essa condição foi atribuída às touradas em legislação da década de noventa e reafirmada com a promulgação da Lei 18/2013, que regulamentou a tauromaquia, e da Lei 10/2015, que especificamente trata da preservação das touradas como manifestação cultural.

O Tribunal ressaltou que o legislador local tem liberdade para atuar, nos termos do pretendido pela comunidade catalã, no que se refere ao exercício de sua competência sobre espetáculos públicos. Tal prerrogativa, todavia, não pode chegar ao extremo de impedir, perturbar ou menosprezar o exercício legítimo da competência do Estado em matéria de cultura. Assim, a Catalunha poderia definir, por exemplo, formas de desenvolvimento das empresas de representações taurinas ou, em matéria de proteção aos animais, estabelecer regras para especial tratamento dos touros utilizados. Nunca, contudo, proibir a tauromaquia.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional indica o seguinte:

El respeto y la protección de la diversidad cultural “de los pueblos de España” que deriva del citado art. 46 CE, y que no es sino manifestación de la diversidad propia de nuestro Estado autonómico, parte precisamente de la imposibilidad de prohibir, en una parte Del territorio español, una celebración, festejo, o en general, una manifestación de una arraigada tradición cultural – si su contenido no es ilícito o no atenta contra otros derechos fundamentales.

Trata-se, nos termos da sentença, de uma forma de garantir que as tradições implementadas em nível nacional vejam-se complementadas e enriquecidas com as tradições e culturas específicas das comunidades autônomas.

A constitucionalidade do sacrifício de animais para fins religiosos é outro tema extremamente polêmico. Ainda em referência ao direito comparado, menciona-se que a Corte Constitucional austríaca reconheceu que a obrigatoriedade de anestesiá-los para realização da sangria não tem sentido, tampouco atende aos direitos religiosos dos que a praticam, como judeus ortodoxos e muçulmanos. (VfGH 17.12.1998, B 3028/97).

Em sentido semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a lei não pode estabelecer restrições à prática religiosa da sangria. O *Tierschutzgesetz*, lei que regula os direitos dos animais na Alemanha, estabelece uma proibição genérica da sangria para fins religiosos, mas indica que autoridades administrativas podem excepcionalmente conceder autorizações para a prática quando necessária para atender às necessidades de membros de comunidade religiosa (BVerfG 1783/99, de 15.1.2002). O caso foi levado ao Tribunal por um açougueiro que teve a permissão para praticar sangria negada.

Outra relevante decisão do *Bundesverfassungsgericht* relacionada ao meio ambiente é o denominado caso *Reiten im Walden* (BVerfGE 80, 137), especial por também mostrar diferentes espectros de valores que podem ser vinculados ao tema – no caso, ponderação entre liberdades individuais e a proteção à natureza.

A legislação alemã sobre florestas (*Bundeswaldgesetz*), de 1975, autoriza a entrada de pessoas nas matas por sua própria conta e risco e autoriza os Estados (*Länder*) a regulamentar detalhes relacionados à limitação do acesso por motivos relevantes, como para proteção das árvores, para combate da exploração econômica das floras e para proteção contra agressões à natureza.

Com base nisso, a legislação do Estado de Nordrhein-Westfalen restringiu cavalgadas a rotas específicas de trilhas especiais e exigiu que os cavaleiros tivessem licenças para os seus cavalos, que só poderiam ser obtidas mediante o pagamento de taxas.

O caso em questão foi levado ao TCF por um criador de cavalos, para fins de recreação, que viu na necessidade de licença, a ser concedida em função de uma pretensa prevenção das florestas, uma limitação aos seus direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal decidiu que as restrições às cavalgadas violavam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2 (1) GG), uma vez que as pessoas devem ser livres para buscar livremente a diversão por meio de

cavalgadas na floresta. Também entendeu que a obrigatoriedade de licença especial para cavalgadas era contrária ao direito à igualdade, já que semelhantes restrições legislativas não eram impostas a esquiadores e *hikers*. Além disso, indicou agressão aos direitos à liberdade de locomoção e aos direitos dos cavaleiros advindos do direito de propriedade que possuem sobre os cavalos.

Por fim, menciono precedente da Suprema Corte israelense em que foi apreciado se o processo de produção do *foie gras* seria contrário ao direito dos animais (Noah v. The Attorney General, HCJ 9232/01). A Corte, então, analisou a compatibilidade da alimentação hipercalórica forçada de animais para produção da iguaria com o Ato Nacional de Proteção aos Animais, que proíbe tortura, atos de crueldade e abusos.

Concluiu, após ponderação das questões envolvidas e apresentadas, que o processo era cruel e gerava um desproporcional grau de sofrimento em relação ao fim pretendido – obtenção de produto considerado artigo de luxo. Ressalte-se que debate semelhante foi recentemente travado no Estado de São Paulo, que proibiu igual prática (Lei 16222/2015) em lei declarada inconstitucional pelo TJSP, mas por extrapolar o mero interesse local.

Verifica-se, portanto, que a ponderação, ao se estar diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, é técnica necessária e usualmente utilizada no direito comparado.

Entre nós, como já mencionado, o dever geral de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está estabelecido em nossa Constituição como uma expressão conjunta de deveres de proibição (ex.: crueldade contra animais, degradação que aniquile a biodiversidade); de segurança (ex.: exigência de avaliação de impacto ambiental) e de se evitar riscos (ex.: evitar práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora).

Tais deveres, explicitados no texto da Constituição, direcionam o Estado a atuar com objetivo de evitar riscos em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção da saúde e do meio ambiente.

Atualmente existe uma gama de profissionais de todas as áreas (médicas e veterinárias) envolvidos, os quais certamente não acompanharão a prática da vaquejada caso ela seja tida como inconstitucional.

Ou seja, em vez de o Estado regular e determinar a observância de cuidados nos tratamentos dos animais, passaria a coibir a atividade em si, em claro prejuízo ao bem jurídico supostamente tutelado, que passariam a ficar sem auxílio de profissionais técnicos adequados.

Não se trata de simples diversão com possível índole de crueldade, tal como a “farra do boi” ou a “rinha de galo”, pois a proibição da prática da vaquejada significa o fim do sustento do vaqueiro profissional, que tem sua atividade reconhecida pela Lei Federal 12.870/2013, a saber:

Art. 1º Fica reconhecida a atividade de vaqueiro como profissão.

Art. 2º Considera-se vaqueiro o profissional apto a realizar práticas relacionadas ao trato, manejo e condução de espécies animais do tipo bovino, bubalino, equino, muar, caprino e ovino.

Art. 3º Constituem atribuições do vaqueiro:

(...)

IV – cuidar da saúde dos animais sob sua responsabilidade;

V – auxiliar nos cuidados necessários para a reprodução das espécies, sob a orientação de veterinários e técnicos qualificados;

VI – treinar e preparar animais para eventos culturais e socioesportivos, garantindo que não sejam submetidos a atos de violência;

Art. 4º A contratação pelos serviços de vaqueiro é de responsabilidade do administrador, proprietário ou não, do estabelecimento agropecuário de exploração de animais de grande e médio porte, de pecuária de leite, de corte e de criação. – Grifei.

Existe, portanto, uma quantidade considerável de profissionais que realizam diariamente a prática de treinos e preparação de animais para eventos culturais e “socioesportivos” – tal como a vaquejada – e que dependem financeiramente dessa atividade.

Esta Corte não pode fechar os olhos para essa realidade. Além disso, existem mais de 10.000 (dez mil) parques de vaquejadas em praticamente todos os Estados, gerando 200.000 (duzentos mil) empregos direta ou indiretamente, que, de uma hora para outra, estarão à margem do ordenamento jurídico e sem emprego.

Impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF.

Assim, acompanho a divergência para julgar improcedente a presente ação. É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 / CEARÁ

PROCED.: CEARÁ

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ

ADV.(A/S): ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (4107/DF)

ADV.(A/S): ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ (0011305/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, julgando procedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, julgando-o improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.06.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que proferiram votos em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 06.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e, Subprocurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.542 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S): THALES FERRI SCHOEDL

ADV.(A/S): OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL

IMPDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 0.00.000.000680/2007-46)

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

Mandado de segurança em face de ato do CNMP. Competência do conselho, como órgão de controle, para desconstituir ato de vitaliciamento de membro do Ministério Público. Segurança denegada.

1. O ato de vitaliciamento tem natureza de ato administrativo, e assim se sujeita ao controle de legalidade do Conselho Nacional do Ministério Público, por força do art. 130-A, §2º, II, da CF/88, cuja previsão se harmoniza perfeitamente com o art. 128, §5º, I, a, do texto constitucional.

2. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a segurança e cassar a liminar deferida, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de outubro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

04/10/2016
SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.542 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S): THALES FERRI SCHOEDL

ADV.(A/S): OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL

IMPDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 0.00.000.000680/2007-46)

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Thales Ferri Schoedl contra ato mediante o qual o Conselho Nacional do Ministério Público julgou procedente o Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000680/2007-46.

Alega o autor que,

no âmbito do ilustrado Ministério Público do Estado de São Paulo, foi instaurada sindicância contra o Impetrante, Promotor de Justiça Substituto e que culminou com a proposta antecipada de não vitaliciamento, mediante Relatório apresentado pelo Corregedor-Geral, no final de mês de fevereiro de 2005. Sindicância instaurada, depois da trágica noite de 30 de dezembro de 2004 em que o Impetrante se viu na contingência de, para a preservação de sua vida, agir em legítima defesa.

Argui que a primeira decisão do Conselho Superior do Ministério Público (pelo não vitaliciamento) veio a ser anulada pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, “em virtude de ter participado da sessão o então Procurador-Geral Dr. Rodrigo César Rebello Pinho”, impedido na forma da lei, cujo voto teria sido decisivo para a conclusão do julgado.

Prossegue narrando que, no segundo julgamento, em processo permeado de ilegalidades, a proposta de não vitaliciamento prevaleceu tanto no Conselho Superior do MP/SP quanto no Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Porém, o impetrante ajuizou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em decisão unânime, anulou todo o processo administrativo.

Prossegue afirmando que, em nova sessão, realizada em 20 de março de 2007, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo não obteve

maioria absoluta para decretar o não vitaliciamento do autor e, interposto recurso pelo Corregedor-Geral, o Colégio de Procuradores de Justiça a ele negou provimento. Assim, “em virtude da deliberação do colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, este mesmo órgão, expediu ato datado de 31 de agosto de 2007, publicado no dia 1º de setembro de 2007, declarando que o Impetrante é titular do cargo vitalício de Promotor de Justiça Substituto”.

Afirma o impetrante que o Dr. Rodrigo César Rebello Pinho, “então Procurador-Geral, que estava impedido de se manifestar sobre o caso”,

compareceu, pessoalmente [em 3 de setembro de 2007], ao plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, sem quaisquer elementos sérios para gerar convicção, a não ser a palavra suspeitíssima de um Procurador declarado impedido pelo colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, com a incrível alegação de “corporativismo” a exigir pronunciamento por órgão de controle externo, e pronunciamento de ofício, sem qualquer forma legal que o autorizasse.

O Conselho Nacional do Ministério Público, sem que sequer houvesse autos e outros documentos, “em quinze minutos”, teria suspenso os efeitos do vitaliciamento do autor, por meio de ato que se tornou definitivo no julgamento do mérito do Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000680/2007-46, no qual o CNMP “deliberou, por maioria, rever o ato de vitaliciamento do Impetrante, para negá-la e concluir pela sua exoneração”. Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Aponta o impetrante que o resultado do julgamento foi comunicado, por ofício, ao Procurador-Geral de Justiça, que procedeu, em cumprimento às deliberações, a sua exoneração. Contra esse ato, narra que impetrou mandado de segurança junto ao TJSP.

Sustenta o autor violação de seu direito líquido e certo.

Argui que, segundo a alínea “a” do inciso I do §5º do art. 128 da Constituição Federal, o Promotor de Justiça vitalício somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, a ser proposta, a teor do §2º do art. 38 da Lei nº 8.625/93, pelo Procurador-Geral de Justiça, após autorização do Colégio de Procuradores. Defende, nesse passo, que o impetrante já era detentor da garantia constitucional da vitaliciedade desde 1º de setembro de 2007, quando da decisão do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo, o que conduziria à incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público – como órgão administrativo – para determinar sua exoneração.

Requeru ao final a concessão da segurança para se anular o acórdão do CNMP.

Em decisão de fls. 469/472, o saudoso Ministro **Menezes Direito** deferiu a liminar “para suspender os efeitos da decisão do Conselho Nacional do Ministério Público,

nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000680/2007-46, que decretou o não vitaliciamento do ora impetrante, mantida, contudo, a suspensão do exercício funcional do impetrante”.

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, estas foram prestadas às fls. 515/526. Na sequência, juntou o impetrante, às fls. 530/548, manifestação sobre as informações prestadas pela autoridade coatora.

Às fls. 572/574, o Ministro Menezes Direito indeferiu o pedido, subscrito pelo advogado do impetrante, para que este STF determinasse a suspensão do julgamento, pelo TJ/SP, da Ação Penal nº 118.836.0/0. Mais adiante, à fl. 600, o impetrante noticia que,

quanto ao processo criminal em que o Impetrante figurava como réu, o colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a Ação Penal Pública nº 118.836-0/0-00, por votação unânime pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa.

Por fim, o Procurador-Geral da República, em parecer de fls. 629/635, opinou pela denegação da segurança, em parecer assim ementado:

Mandado de Segurança. Pretensão de anular decisão do Conselho Nacional do Ministério Público desfavorável ao vitaliciamento do impetrante. Não preenchimento do prazo de 2 anos de efetivo exercício necessário para o vitaliciamento. Inteligência do art. 60 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Conduta incompatível com o desempenho das funções ministeriais. Possibilidade de desconstituição, na esfera administrativa, da decisão do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Estado de São Paulo que determinou a permanência do Promotor de Justiça no exercício do cargo. Inexigibilidade de pronunciamento jurisdicional. Atuação do Conselho Nacional de Justiça nos limites de sua competência constitucionalmente estabelecida. Parecer pela denegação da segurança.

Às fls. 638/644, junta o impetrante, espontaneamente, petição que nomina “manifestação sobre o r. Parecer do ilustre Senhor Procurador- Geral da República”. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

De início, observo o atendimento ao prazo decadencial. O *mandamus* foi impetrado em 1º/9/08, em face de deliberação do CNMP datada de 2/6/08 (primeira

deliberação do CNMP – fl. 253) e, posteriormente, reafirmada em 18/8/08, no julgamento de embargos de declaração opostos pelo ora impetrante.

A irresignação, contudo, não merece prosperar.

Em essência, defende o impetrante que o CNMP não poderia, como órgão administrativo que é, reformar a decisão do Conselho Superior do Ministério Público e do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, que culminou no vitaliciamento de promotor. Sustenta que, após tal espécie de deliberação pelos órgãos locais, competiria apenas ao Poder Judiciário (art. 128, §5º, I, a, da CF/1988), em ação de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça (art. 38, §2º, da Lei nº 8.625/1993), rever o vitaliciamento.

Afasto, contudo, o raciocínio.

Dispõe o art. 130-A, §2º, da CF/88 acerca da competência do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 130-A.

(...)

§2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

Destaco, para o exame do caso dos autos, o que consta do inciso II acima transcrito: compete ao CNMP

apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

E é com base na previsão inserta no art. 130-A, §2º, II, da CF/88 que esta Corte tem reiteradamente admitido a atuação do CNMP sobre o agir administrativo dos órgãos do Ministério Público para a conformação de seus atos à legalidade – assim como o faz em relação ao CNJ, na semelhante previsão constante do art. 103-B, §4º, II, da CF/88. *Vide:*

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.* 1. O direito subjetivo do exercente da função de Promotor de Justiça de permanecer na comarca elevada de entrância não pode ser analisado sob o prisma da constitucionalidade da lei local que previu a ascensão, máxime se a questão restou judicializada no Egrégio STF. 2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, *cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual* (art. 130-A, § 2º, da CF/88). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno; AC 2.390 MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno). 3. *In casu*, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 141, *in fine*, da Lei Orgânica do MP/SC, exorbitou de suas funções, que

se limitam, como referido, ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do *Parquet*. 4. Segurança concedida para cassar o ato impugnado” (MS 27.744/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 8/6/15).

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Concurso público. Edital. Lei Complementar nº 72/08 do Estado do Ceará. Conselho Superior do Ministério Público do Estado e Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Ceará. *Controle de legalidade. Exercício de autotutela pela Administração Pública como meio de solução de conflitos. Legitimidade*. Divulgação da condição *sub judice*. Princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Segurança concedida. 1. O edital é a lei do certame e vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos. 2. A interpretação de cláusula de edital não pode restringir direito previsto em lei. 3. A competência de órgãos internos do MPCE se restringe ao controle de legalidade de concurso público, ficando resguardada a competência da comissão do concurso, integrada por representante da OAB, para decidir quanto ao conteúdo da prova e ao mérito das questões. 4. A divulgação de resultado para fins de convocação para a fase subsequente do concurso deve diferenciar e classificar os candidatos apenas quanto ao desempenho no certame segundo os critérios de avaliação divulgados no edital, ressalvada a divulgação da condição *sub judice* no resultado final, quando encerrado o processo avaliativo. 5. Concessão da ordem (MS 32.176/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/4/14).

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. *Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local*. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. Férias de sessenta dias. Ausência de previsão legal. 1. *Compete ao Conselho Nacional de Justiça “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” (§4º), “zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” (inciso II, §4º, art. 103-B)*. 2. No caso, a deliberação do CNJ se pautou essencialmente na ilegalidade do ato do Tribunal local (por dissonância entre os 60 dias de férias e o Estatuto dos Servidores do Estado de Minas Gerais). Quanto à fundamentação

adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral, resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos fundamentados nas férias forenses coletivas. 5. Ordem denegada (MS 26.739/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 14/6/16).

O ato de vitaliciamento (decisão pela permanência de membro em estágio probatório nos quadros da instituição) tem natureza de ato administrativo, e assim se sujeita ao controle de legalidade do Conselho Nacional do Ministério Público.

Por evidente, a previsão normativa de desfazimento do ato de vitaliciamento apenas por decisão judicial (alínea "a" do inciso I do §5º do art. 128, da CF/88) não respeita à exclusão da atuação do CNMP do processo de vitaliciamento de membro, que, a partir da EC nº 45/04, recebeu, como todo trâmite administrativo, uma nova instância (essa com específica função de controle), instituída diretamente pela Constituição Federal.

Como órgão de controle, portanto, o CNMP atua sobre o trâmite do processo e sobre as deliberações dos órgãos previstos na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) para o processo de vitaliciamento. Em resumo:

- (i) À Corregedoria-Geral do Ministério Público cabe propor ao Conselho Superior do Ministério Público, na forma da Lei Orgânica, o não vitaliciamento de membro do Ministério Público (art. 17, III);
- (ii) ao Conselho Superior do Ministério Público compete decidir sobre vitaliciamento de membros do MP (art. 14, VI);
- (iii) com possibilidade de recurso para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, VIII, a); e tudo se perfazendo sob o seguinte trâmite:
- (iv) em caso de impugnação de vitaliciamento de membro, no curso do prazo de dois anos, suspende-se, até definitivo julgamento, o exercício funcional de membro do Ministério Público, hipótese em que "caberá ao Conselho Superior do Ministério Público decidir, no prazo máximo de sessenta dias, sobre o não vitaliciamento e ao Colégio de Procuradores, em trinta dias, eventual recurso (art. 60, caput e §1º)".

Foi o que se deu no caso.

Segundo os elementos constantes dos autos, houve, por parte do Corregedor-Geral do MP local, impugnação ao vitaliciamento do ora impetrante em fevereiro de 2005. Nesses autos, após sucessivas anulações (administrativa e judicial) de deliberações adotadas pelos órgãos locais, o Conselho Superior do Ministério Público julgou, em 20/3/07, por 5 a 4, pelo não vitaliciamento do ora impetrante, *decisão, contudo, que se deu sem o quórum necessário para fazer prevalecer o não vitaliciamento*. Foi interposto recurso dessa decisão ao Colégio de Procuradores, que negou provimento à insurgência, em decisão datada de 29/8/07 e publicada em 6/9/07. *Em 3/9/07 (três dias após a deliberação do órgão local e mesmo antes da publicação da deliberação do Colégio de Procuradores) o CNMP decidiu, por unanimidade:*

a) *instaurar, de ofício, Procedimento de Controle Administrativo*, com a finalidade de examinar as decisões dos Órgãos Superiores do Ministério Público paulista, no tocante ao vitaliciamento do referido Promotor de Justiça; b) *suspender, liminarmente, as aludidas decisões*; e c) *determinar a suspensão do exercício funcional do Promotor de Justiça Thales Ferri Schoedl, até o julgamento do Procedimento de Controle Administrativo (fl. 359).*

Em 2/6/08, o CNMP por maioria, julgou procedente o PCA “para reformar o ato do órgão especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo e decretar o não vitaliciamento do Promotor de Justiça substituto”. Contra essa decisão opôs o ora impetrante embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo CNMP em 18/8/08.

Exerceu, portanto, o CNMP típica atividade de controle de ato administrativo – imediatamente após, ressalte-se, tomar conhecimento da deliberação dos órgãos controlados.

Não vislumbro, assim, nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade na atuação do CNMP, que possui competência para exercer, sobre os órgãos do Parquet, controle de seus atos administrativos (art. 103-A, §2º, II, da CF/88), entre os quais o ato de vitaliciamento de membro do Ministério Público, em previsão que se harmoniza, perfeitamente, com os ditames do art. 128, §5º, I, a, da CF/88.

Não é demais destacar que o simples transcurso do prazo de 2 (dois) anos não garante, por si só, ao membro do Ministério Público o direito ao vitaliciamento, sendo indispensável sua avaliação durante o período de prova e, no caso, como destacado pela d. PGR em seu parecer, há de se atentar às particularidades do caso concreto, em que nem sequer se pode falar em 2 anos de *efetivo* exercício do cargo. Transcrevo do parecer:

O impetrante entrou em exercício no dia 13 de setembro de 2003, foi preso em flagrante no dia 29 de dezembro de 2004, obteve a liberdade provisória em 16 de fevereiro de 2005 e foi suspenso

no dia 2 de março de 2005. Permaneceu, portanto, em efetivo exercício aproximadamente 1 (um) ano e 3 (três) meses, período inferior aos dois anos exigidos para o vitaliciamento.

(...)

Dessa forma, não há falar em preclusão administrativa, tampouco na necessidade de decisão judicial para desconstituir a decisão anulada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Saliente-se, por fim, que a existência de julgamento, em âmbito penal, pelo TJSP com a conclusão, ainda sujeita a recurso (RE nº 939.071, sob minha relatoria), de que o ora impetrante agiu em legítima defesa não é prejudicial à análise destes autos.

A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido da *independência entre as instâncias cível, penal e administrativa*, não havendo que se falar em violação do princípio da presunção de inocência pela aplicação de sanção administrativa, *por descumprimento de dever funcional*, fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo penal em que apurados os mesmos fatos.

Nesse sentido, *vide* precedentes:

Agravo regimental em mandado de segurança. Independência das esferas penal e administrativa. Agravo regimental não provido. 1. Legitimidade da atuação do Ministro Relator ao julgar monocraticamente pedido ou recurso quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa. 3. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República) (HC nº 91.207/RJ-MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/07). 4. Agravo regimental não provido (MS 26.988/DF-AgR-terceiro, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 24/2/14).

Mandado de segurança. – É tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do S.T.F. – Inexistência do alegado cerceamento de

defesa. – Improcedência da alegação de que a sanção imposta ao impetrante se deu pelo descumprimento de deveres que não são definidos por qualquer norma legal ou infralegal. Mandado de segurança indeferido (MS nº 22.899/SP-AgR, Relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 16/5/03).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: POLICIAL: DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO e ILÍCITO PENAL. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA: AUTONOMIA. I. – Servidor policial demitido por se valer do cargo para obter proveito pessoal: recebimento de propina. Improbidade administrativa. *O ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias.* II. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 21.294- DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; MS 21.293-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti; MMSS 21.545-SP, 21.113-SP e 21.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves; MMSS 21.294-DF e 22.477-AL, Relator Ministro Carlos Velloso. III. – Procedimento administrativo regular. Inocorrência de cerceamento de defesa. IV. – Impossibilidade de dilação probatória no mandado de segurança, que pressupõe fatos incontroversos, prova pré-constituída. V. – Mandado de Segurança indeferido (MS nº 23.401/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 12/4/02, grifei).

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEMISSÃO DE AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL, DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: TRANSPORTE DE MERCADORIAS CONTRABANDEADAS EM FOZ DO IGUAÇU. ALEGAÇÃO DE EQUIVOCADA APRECIÇÃO DAS PROVAS E DE QUE A DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEVERIA AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO-CRIME. 1. Não cabe reexaminar em mandado de segurança os elementos de provas e os concernentes à materialidade e autoria do delito, porque exigem instrução probatória. 2. *A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos.* Interpretação dos artigos 125 da Lei nº 8.112/1990 e 20 da Lei nº 8.429/1992 em face do artigo 41, §1º, da Constituição. Precedentes. 3. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido, ressalvando-se ao impetrante as vias ordinárias (MS nº 22.534/PR, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, DJ de 10/9/1999, grifei).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA PUNIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 41, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 132, I, IV, X E XI, DA LEI 8.112/90. 1. *A materialidade e autoria dos fatos ilícitos deverão ser apurados em processo administrativo disciplinar regular, assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório.* 2. A Administração deverá aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível, na forma do artigo 41, par. 1., da Constituição Federal c/c com o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei nº 8.112/1990. 3. Inexistência de agressão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as decisões estão em perfeita consonância com a norma legal aplicada. 4. *A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos.* 5. Segurança indeferida (MS nº 21.705/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 16/4/96).

Entendo que o mesmo raciocínio se aplica ao processo administrativo de vitaliciamento (e que pode culminar na exoneração do membro do MP), no bojo do qual não se obsta a apreciação da conduta do promotor *por descumprimento de dever funcional* em processo administrativo legitimamente instaurado antes de finalizado o processo penal em que são apurados os mesmos fatos.

Pelo exposto, voto pela denegação da segurança, com a conseqüente cassação da liminar.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.542

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S): THALES FERRI SCHOEDL

ADV.(A/S): OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL (00015542/SP)

IMPDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 0.00.000.000680/2007-46)

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a segurança e cassou a liminar deferida, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 4.10.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko.

Ravena Siqueira

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 146.726 / SÃO PAULO
(2016/0130854-9)**

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS-SJ/SP

SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS-SP

INTERES.: EM APURAÇÃO

INTERES.: JUSTIÇA PÚBLICA

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. FALSO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E CONCILIAÇÃO MONTADO EM CAMPINAS/SP, COM O INTUITO DE LUDIBRIAR VÍTIMAS PARTICULARES, COBRANDO-LHES VALORES INDEVIDOS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO JUNTO AO CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CONIMA QUE NÃO AFETA INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Situação em que falso juiz, que se autointitulava nomeado como representante da ONU, e outros comparsas montaram elaborado esquema, utilizando certificados, distintivos, bonés da Polícia Civil, adesivos da Polícia Militar, “processos” e até uma tabela de custas para dar aparência de legalidade a tribunal de arbitragem, e, com isso, ludibriar vítimas particulares das quais eram cobradas custas e honorários ilegais para a solução de controvérsias.

Na situação específica dos autos, duas vítimas particulares foram induzidas a pagar R\$ 2.000,00 para a solução de conflito decorrente de acidente de trânsito. Não se questiona, até o momento, possível usurpação de função pública (art. 328 do CP).

2. A obtenção de vantagem ilícita em prejuízo de vítimas particulares que foram mantidas em erro mediante a simulação de uma instituição jurídica (um falso tribunal), assim como da qualidade de magistrado de um dos envolvidos na fraude constitui conduta que se adequa, em princípio, ao tipo do estelionato (art. 171, CP).

3. A ausência de registro do falso tribunal perante o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, cuja natureza jurídica é de sociedade civil, sem fins lucrativos, por si só, não tem o condão de revelar interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais na persecução criminal dos investigados. Isso porque se trata, nitidamente, de instituição privada que congrega, como associados, outras instituições privadas e que não possui, entre os objetivos elencados em seu estatuto, a fiscalização de instituições de arbitragem nem tampouco a obrigatoriedade de filiação ao Conselho para revestir de legalidade a instituição de mediação e arbitragem.

4. Embora as normas não se apliquem ao caso concreto, cujos eventos ocorreram em 2014, vale lembrar que o novo CPC (Lei 13.105, de 16/03/2015) dispôs sobre os conciliadores e mediadores judiciais nos arts. 165 a 175, salientando a necessidade de sua inscrição em cadastro nacional (mantido pelo CNJ) e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Da nova legislação, é possível depreender a existência de cadastros específicos de mediadores e conciliadores junto à Justiça Estadual ou Federal, de acordo com as controvérsias específicas levadas à conciliação. E, como no caso dos autos, a controvérsia girava em torno de acidente de trânsito, mais uma vez a solução do conflito aponta para a competência da Justiça Estadual.

5. A possibilidade de descoberta de outras provas e/ou evidências, no decorrer das investigações, levando a conclusões diferentes, demonstra não ser possível firmar peremptoriamente a competência definitiva para julgamento do presente inquérito policial. Isso não obstante, tendo em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão dos indícios coletados até então, revela-se a competência da Justiça Estadual para condução do inquérito policial.

6. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do inquérito policial o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas/SP, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 146.726 / SP (2016/0130854-9)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS-SJ/SP

SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS-SP

INTERES.: EM APURAÇÃO

INTERES.: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas – SJ/SP (e-STJ fls. 200/201) em face de decisão do Juízo de Direito da 3ª Vara criminal de Campinas/SP (e-STJ fls. 161 e 195) que se reputou incompetente para conduzir inquérito policial instaurado para apurar a prática, em tese, de estelionato (art. 171 do CP).

Consta dos autos que a vítima e seu irmão teriam pagado a um tribunal de conciliação irregular (Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação), não registrado junto ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de custas processuais, para a solução de um litígio decorrente de um acidente automobilístico.

O Juízo suscitado (da Justiça Estadual), acolhendo parecer do Ministério Público, entendeu que “Como os juízos e tribunais arbitrais foram criados por lei federal, e o referido Tribunal não está registrado ou afiliado ao CONIMA (consta que é pessoa jurídica com CNPJ e endereço na cidade de Sorocaba/SP, e não em Campinas – fls. 86), há patente interesse da UNIÃO na verificação da regularidade da mesma.” (e-STJ fl. 161).

Por sua vez, o Juízo suscitante (da Justiça Federal) defende que:

Na verdade, o que ressalta aos olhos neste caso e o que originou as investigações constantes destes autos, não foi a falta do referido registro, mas, sim, a fraude. Foi ela a viga mestra, empregada para ludibriar particulares, de modo a obter vantagem pecuniária em detrimento das vítimas com o aproveitamento da imagem do Poder Judiciário, para imprimir credibilidade aos seus atos e, assim, ganhar dinheiro fácil ao induzir as vítimas em erro, com a falsa crença da autoridade.

Neste sentido, são as descrições dos valores cobrados pelo mencionado ente para a solução de um caso de indenização decorrente de acidente automobilístico, conforme declaração de fls. 06/08, bem como a notícia de fls. 174/175, referente ao funcionamento do ente e aos golpes aplicados.

Desta forma, a referida ofensa a bens, serviços ou interesses da União mostra-se reflexa perante o interesse patrimonial dos particulares lesados.

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou (e-STJ fls. 308/309) pela competência do Juízo suscitado, da Justiça Estadual, em parecer assim ementado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO FEDERAL E JUÍZO ESTADUAL. ESTELIONATO PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA PARTICULAR.

1. Investigação sobre fatos praticados por investigado, na qualidade de “juiz” de suposto “Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação”; ausência de registro no CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, contra particulares que suportaram prejuízo.

2. Existência de outra investigação conduzida pelo MP/SP para “desmontar falso tribunal usado para aplicar golpe”, conforme noticiado em 25-08-2015 (fls. 182-3,184-5).

Parecer pelo conhecimento do conflito para declarar competente a Justiça Estadual.

(e-STJ fl. 308 – grifo do original)

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 146.726 / SP (2016/0130854-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O conflito merece ser conhecido, uma vez que os Juízos que suscitam a incompetência estão vinculados a Tribunais diversos, sujeitando-se, portanto, à jurisdição desta Corte, a teor do disposto no art. 105, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal.

Consta dos autos (*cf.* Termo de Informação datado de 23/07/2014, e-STJ fls. 9/11) que Ludovina Aparecida Scalabrini Montagna e seu irmão, Antônio José Scalabrini, teriam buscado o auxílio de um intitulado “Tribunal Penal Internacional” em Campinas, por meio de um amigo (Vinícius Alves Belmonti) do irmão que trabalhava no suposto tribunal e que, de posse dos documentos a ele fornecidos, teria ajuizado ação em busca de indenização por acidente de trânsito com perda total de veículo, ocorrido em 17/05/2014, envolvendo o filho da Sra. Ludovina, Thomaz Augusto Scalabrini Montagna.

Marcada uma audiência para o dia 17/06/2014, à qual a parte contrária envolvida no acidente (Sr. Wilson) não compareceu, a Sra. Ludovina se viu diante do Sr. José Luiz Rodrigues de Oliveira, que se apresentou como juiz nomeado como representante da ONU e leu uma ata (cópia do Termo de audiência às e-STJ fls. 28/32), na qual declarava terem sido pagas as custas do processo no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) – pagamento que teria sido efetuado por seu irmão, o Sr. Antônio José.

Subsequentemente, a vítima foi procurada pela outra parte envolvida no acidente (o Sr. Wilson) que a pressionou para pagar o conserto do veículo. Nesse momento, a parte instou seu irmão a paralisar o processo, mas ele afirmou já ter pago R\$ 2.000,00, além de terem sido solicitados mais R\$ 1.900,00 pelo amigo Vinícius para dar continuidade ao feito.

Dias depois, o Sr. Vinícius teria informado a vítima de que já havia conseguido contactar a outra parte envolvida no acidente, tendo sido designada nova audiência para o dia 18/07/2014, ocasião em que o suposto juiz solicitou o pagamento de mais R\$ 1.500,00 e o Sr. Vinícius teria pedido a indicação de outros casos para serem solucionados pelo suposto tribunal internacional.

Por fim, em contato telefônico mantido entre a Sra. Ludovina e o Sr. Vinícius, ele a teria instado ao pagamento de R\$ 1.900,00, ao argumento de que este teria sido o valor combinado com seu irmão. Entretanto, mais nenhum pagamento foi feito após os R\$ 2.000,00 iniciais.

Com efeito, como bem ponderou a Procuradoria da República no Município de Campinas/SP (parecer às e-STJ fls. 181/183), os fatos apresentados se adequam à conduta tipificada no crime de estelionato, já que foi obtida vantagem ilícita em prejuízo de duas vítimas que foram mantidas em erro mediante a simulação de uma instituição jurídica (um falso tribunal), assim como da qualidade de magistrado de um dos envolvidos na fraude.

Em apoio à tese da fraude, *Parquet* Federal faz menção a notícias veiculadas em sites de jornais (Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2015/08/operacao-faz-buscas-para-des-montar-falso-tribunal-usado-para-aplicar-golpe.html> e Data do último acesso: 28/09/2015), nas quais se constata a atuação do Ministério Público Estadual em conjunto com a Polícia Militar, para dar cumprimento a quatro mandados de busca e apreensão no local de atuação do falso tribunal, assim como nas residências dos investigados. Teriam sido lesadas aproximadamente 50 (cinquenta) pessoas. Há, também, outra notícia disponível na internet (site: <http://www.possiedearaujo.com.br/single-post/2015/08/27/Homem-cria-Tribunal-Internacional-de-Justi%C3%A7a-e-Concilia%C3%A7%C3%A3o-e-julga-casos-em-Campinas> – último acesso em 12/12/2016), que confirma a apreensão de um falso diploma de juiz de direito, assim como de uma série de apetrechos usados para revestir de aparente legalidade os atos praticados pelo falso tribunal de arbitragem.

Confira-se o teor da notícia:

Homem cria “Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação” e julga casos em Campinas

27.8.2015 migalhas.com.br

A Promotoria de Justiça Criminal de Campinas/SP apreendeu na manhã desta terça-feira, 25, com o apoio da Polícia Militar, um falso diploma de Juiz de Direito em posse de um homem investigado por crime de usurpação de função pública.

Também foram apreendidos computadores, certificados, distintivos, bonés da Polícia Civil, adesivos da Polícia Militar, “processos” e até uma tabela de custas do falso tribunal de Arbitragem. Um “assessor” dele foi preso em flagrante por porte de munição de uso restrito.

De acordo com as investigações, o homem criou o “Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação”, do qual se intitula presidente. Ele levantou suspeita ao enviar ofício à PM e ao comparecer pessoalmente ao 47º batalhão da PM a fim de solicitar força policial para cumprir uma decisão de reintegração de posse por ele proferida.

O homem, que alega possuir diversos títulos acadêmicos na área jurídica, estaria se valendo de denominação e insígnias próprias do Poder Judiciário para revestir de aparente legalidade os seus atos praticados no “tribunal de arbitragem”. Ele já foi investigado pela prática de crime de estelionato e não possui inscrição na OAB.

No cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça, foram encontrados na sede do “Tribunal Internacional de Justiça e Conciliação” documentos e uma tabela de custas apontando valores de honorários que chegam a R\$ 170 mil.

A Promotoria busca localizar eventuais vítimas que pagaram algum valor ao falso tribunal, a fim de caracterizar crime de estelionato. Pessoas que se sintam lesadas podem procurar o MP pelo telefone (19) 3253-4484.

Veja o site da “instituição”: <http://www.tijc.com.br/site/>

De todas as informações existentes até o momento, é possível inferir que, além do estelionato, os investigados poderiam vir a responder, também, por usurpação de função pública (art. 328 do CP) em outro feito, já que o questionamento não foi posto, até o momento, neste inquérito.

Isso não obstante, a ausência de registro do tribunal perante o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, por si só, não tem o condão de revelar interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais na persecução criminal dos investigados.

Consultando o estatuto social do CONIMA (disponível no endereço eletrônico: http://www.conima.org.br/wp-content/uploads/2011/06/estatuto_conima_032016.pdf), verifica-se que ele é uma sociedade civil sem fins lucrativos com o objetivo precípuo de:

Artigo 2º – O CONIMA tem por objetivos:

a) Congregar e colaborar com as instituições associadas, orientando, instruindo e as auxiliando com o objetivo de aprimorar o exercício da atividade de implantação, operação e divulgação dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos, aqui denominados simplesmente de “MESCs”.

b) Congregar e colaborar com os associados pessoas físicas dedicados, direta ou indiretamente, ao exercício e condução de arbitragem, mediação, conciliação, e outros MESCs, orientando, instruindo e os auxiliando com o objetivo de aprimorar o exercício da atividade de implantação, operação e divulgação dos MESCs.

Não consta, dentre os demais objetivos elencados no art. 2º de seu estatuto, a fiscalização de instituições de arbitragem nem tampouco a obrigatoriedade de filiação ao Conselho para revestir de legalidade a instituição de mediação e arbitragem.

Mas, ainda que assim não fosse, trata-se, nitidamente, de instituição privada que congrega, como associados, outras instituições privadas, daí por que nem a ausência de registro no CONIMA, nem tampouco a falsa representação de uma instituição como tribunal de arbitragem, têm o condão de lesar diretamente interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, afastando-se, por consequência, a competência da Justiça Federal.

Embora as normas não se apliquem ao caso concreto, cujos eventos ocorreram em 2014, vale à pena pontuar que o novo CPC (Lei 13.105, de 16/03/2015) dispôs sobre os conciliadores e mediadores judiciais nos arts. 165 a 175, salientando a necessidade de sua inscrição em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. Confira-se o exato teor da norma:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§4º Os dados colhidos na forma do §3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores foi instituído a partir da entrada em vigor do novo CPC e é mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo regulamentado pela Emenda nº 2, que atualizou a Resolução CNJ nº 125/2010.

Da nova legislação, é possível depreender a existência de cadastros específicos de mediadores e conciliadores junto à Justiça Estadual ou Federal, de acordo com as controvérsias específicas levadas à conciliação. E, no caso dos autos, a controvérsia girava em torno de acidente de trânsito, o que, mais uma vez, aponta para um possível cadastro na Justiça Estadual, assim como para a competência da Justiça Estadual.

Não se descarta, é bem verdade, a possibilidade de surgimento de evidências, no decorrer das investigações, que apontem para conclusão diferente, o que demonstra não ser possível firmar peremptoriamente a competência definitiva para julgamento do presente inquérito policial. Isso não obstante, deve-se ter em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão dos indícios coletados até então, o que revela a competência da Justiça Estadual, para condução do inquérito policial.

Ante o exposto, conheço do conflito, para declarar competente para a condução do inquérito policial o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas/SP, o suscitado.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0130854-9

PROCESSO ELETRÔNICO CC 146.726 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00127041920154036105 00416031720148260114 12704192015403
6105416031720148260114

EM MESA

JULGADO: 14/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS-SJ/SP

SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS-SP

INTERES.: EM APURAÇÃO

INTERES.: JUSTIÇA PÚBLICA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o suscitado, Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Jurisprudência Cível

• • •

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 14.731/DISTRITO FEDERAL (2009/0195751-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE
PROCURADOR: MICHEL ALMEIDA GALVÃO E OUTRO(S) - AL007510
IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO
INTERES.: UNIÃO

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. REPASSE DE VERBAS DO FUNDEB. PORTARIA INTERMINISTERIAL MEC/MPOG 221/09. REVOGAÇÃO PELA PORTARIA MEC 788/09. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO. REVOGAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO QUE DEMANDA A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE AMBOS OS RESPONSÁVEIS PELO ATO QUE SE QUER REVOGAR. SIMETRIA. REDUÇÃO POSTERIOR DO PERCENTUAL DO REPASSE. VIOLAÇÃO DO ART. 15 DA LEI Nº 11.494/2007. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA UNICIDADE E ANUALIDADE. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A regulamentação exigida pelo art. 7º do Decreto nº 6.253/2007 constitui ato administrativo complexo, demandando a manifestação de dois órgãos da Administração para sua constituição, quais sejam, o Ministério da Educação e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sob pena de invalidade.

2. Por simetria, apenas se admite a revogação do ato administrativo por autoridade/órgão competente para produzi-lo. A propósito, o ilustre Professor DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO assinala que *a competência para a revogação do ato administrativo será, em princípio, do mesmo agente que o praticou (...). Assim, se o ato foi suficiente e validamente constituído, a revogação é, simetricamente, um ato desconstitutivo, ou, em outros termos, um ato constitutivo-negativo, pelo qual a Administração competente para constituí-lo – e apenas ela – retira a eficácia de um ato antecedente, exclusivamente por motivos de mérito administrativo, jamais por motivos jurídicos* (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 230-231).

3. No caso, a Portaria 788/2009 aqui combatida, emitida pelo MEC, por si só, procurou revogar a regulamentação anterior, composta pela manifestação das duas Pastas responsáveis. Nesse contexto, dada a simetria necessária para a edição-desconstituição do ato administrativo, entende-se viciado o ato.

4. Ainda que assim não fosse, a posterior reedição dos índices de repasse de verbas aos Municípios, com redução do percentual inicialmente estipulado, já no dia 14.08.2009, ou seja, quando transcorrido mais da metade do exercício financeiro, em desobediência ao prazo do art. 15 da Lei Nº 11.494/2007, vai de encontro às exigências de gestão fiscal planejada que culminaram na edição da LC Nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ofendendo princípios basilares de Orçamento Público, tais como o da Unicidade e da Anualidade.

5. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

6. Ordem de segurança concedida ao MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE, para afastar as inovações da Portaria MEC 788/2009, fazendo valer o teor da Portaria Interministerial MEC/MPOG 221/2009, mantendo o repasse previsto nesta última.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assuete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 14 de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 14.731 / DF (2009/0195751-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE

PROCURADOR: MICHEL ALMEIDA GALVÃO E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

INTERES.: UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado pelo MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE/AL contra ato imputado ao MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, consubstanciado na edição da Portaria 788/2009, que teria alterado a Portaria 221/2009, para reduzir em 9,53% os valores a serem repassados aos municípios pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valoração dos Profissionais da Educação - FUNDEB.

2. O Impetrante alega, com fundamento no art. 6º §2º da Lei nº 11.494/2007, a irregularidade da redução do repasse das verbas do FUNDEB no mesmo exercício de publicação da Portaria 788/2009.

3. Defende, ainda, com base no Decreto nº 6.253/2007, que o Ministério da Educação, por si só, não possui competência para, isoladamente, regulamentar a matéria, devendo fazê-lo em conjunto com o Ministério da Fazenda. Ressalta, nesse ponto, que a Portaria 788/2009, revogada pela aqui combatida, foi editada em trabalho conjunto de ambas as Pastas.

4. Liminarmente, pleiteou a suspensão dos efeitos da Portaria 788/2009. No mérito, pugnou a concessão definitiva da ordem, ratificando a medida liminar solicitada.

5. Distribuído o feito ao eminente Ministro LUIZ FUX, foi indeferida a medida liminar às fls. 47/51, entendendo-se insuficientemente demonstrado o *periculum in mora*.

6. Prestadas informações pela Autoridade apontada como coatora às fls. 35/45. Na oportunidade, sustentou-se que (a) a edição da Portaria dispensa a participação do Ministro de Estado da Fazenda, conforme orientação do Parecer PGFN/CAF 2.593/08; (b) que a alteração foi proveniente de nova estimativa dos recursos do Fundo, os quais dependem da efetiva arrecadação, sendo os novos valores resultado da composição da receita esperada até o fim do exercício financeiro correspondente.

7. Ouvido, opinou o Ministério Público Federal, em Parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO, pela concessão da ordem (fls. 57/61).

8. A União, em petição de fls. 63/64, pleiteia seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009.

9. É o relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 14.731 / DF (2009/0195751-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE

PROCURADOR: MICHEL ALMEIDA GALVÃO E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

INTERES.: UNIÃO

VOTO

MANDADO DE SEGURANÇA. FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. REPASSE DE VERBAS DO FUNDEB. PORTARIA INTERMINISTERIAL MEC/MPOG 221/09. REVOGAÇÃO PELA PORTARIA MEC 788/09. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO. REVOGAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO QUE DEMANDA A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE AMBOS OS RESPONSÁVEIS PELO ATO QUE SE QUER REVOGAR. SIMETRIA. REDUÇÃO POSTERIOR DO PERCENTUAL DO REPASSE. VIOLAÇÃO DO ART. 15 DA LEI Nº 11.494/07. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA UNICIDADE E ANUALIDADE. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A regulamentação exigida pelo art. 7º do Decreto nº 6.253/2007, constitui ato administrativo complexo, demandando a manifestação de dois órgãos da Administração para sua constituição, quais sejam, o Ministério da Educação e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sob pena de invalidade.

2. Por simetria, apenas se admite a revogação do ato administrativo por autoridade/órgão competente para produzi-lo. A propósito, o ilustre Professor DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO assinala que a competência para a revogação do ato administrativo será, em princípio, do mesmo agente que o praticou (...). Assim, se o ato foi suficiente e validamente constituído, a revogação é, simetricamente, um ato desconstitutivo, ou, em outros termos, um ato constitutivo-negativo, pelo qual a Administração competente para constituí-lo – e apenas ela – retira a eficácia de um ato antecedente, exclusivamente por motivos de mérito administrativo, jamais por motivos jurídicos (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p.230-231).

3. No caso, a Portaria 788/2009 aqui combatida, emitida pelo MEC, por si só, procurou revogar a regulamentação anterior, composta pela manifestação das duas Pastas responsáveis. Nesse contexto, dada a simetria necessária para a edição-desconstituição do ato administrativo, entende-se viciado o ato.

4. Ainda que assim não fosse, a posterior reedição dos índices de repasse de verbas aos Municípios, com redução do percentual inicialmente estipulado, já no dia 14.08.2009, ou seja, quando transcorrido mais da metade do exercício financeiro, em desobediência ao prazo do art. 15 da Lei nº 11.494/2007, vai de encontro às exigências de gestão fiscal planejada que culminaram na edição da LC Nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ofendendo princípios basilares de Orçamento Público, tais como o da Unicidade e da Anualidade.

5. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.
6. Ordem de segurança concedida, para afastar as inovações da Portaria MEC 788/2009, fazendo valer o teor da Portaria Interministerial MEC/MPOG 221/2009, mantendo o repasse previsto nesta última.

1. Defere-se, primeiramente, o pedido de ingresso no feito formulado pela UNIÃO.
2. Discute-se nos autos, em síntese, a possibilidade de Revogação da Portaria Interministerial 221/2009, editada em conjunto pelos Ministérios da Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão, por nova Portaria confeccionada somente pela primeira Pasta, questionando-se, ainda, a aplicabilidade de seus efeitos no exercício financeiro então corrente, que importaram na redução de 9,53% dos valores a serem repassados aos municípios pelo FUNDEB.
3. A edição conjunta da Portaria Interministerial 221/2009 por MEC e MPOG decorre do comando inserto no art. 7º do Decreto nº 6.253/2007:

Art. 7º Os Ministérios da Educação e da Fazenda publicarão, em ato conjunto, até 31 de dezembro de cada ano, para aplicação no exercício seguinte:

- I – a estimativa da receita total dos Fundos de cada Estado e do Distrito Federal, considerando-se inclusive a complementação da União;
- II – a estimativa dos valores anuais por aluno nos Fundos de cada Estado e do Distrito Federal;
- III – o valor mínimo nacional por aluno, estimado para os anos iniciais do ensino fundamental urbano; e
- IV – o cronograma de repasse mensal da complementação da União.

4. Trata-se, portanto, de ato administrativo complexo que, para sua formação, faz-se necessária a manifestação de dois ou mais órgãos para dar existência ao ato; no caso, MEC e MPOG. Exige-se, no contexto da edição do ato referido no art. 7º do Decreto nº 6.253/2007, a expressão de vontade de ambos os órgãos, sendo a ausência de um destes circunstância de invalidação do ato, por deficiência de formação ou, em outras palavras, por não se caracterizar como um ato completo/terminado.

5. A revogação do ato administrativo é expressão do poder discricionário, atrelado à conveniência e à oportunidade da Administração, não podendo atingir os atos já exauridos ou aqueles em que o Poder Público está vinculado à prática.

6. Ainda para os atos discricionários cujo exaurimento não é imediato, há limites dispostos de maneira implícita ou explícita na lei, tais como a competência/legitimidade para a revogação.

7. Por simetria, apenas se admite a revogação do ato administrativo por autoridade/órgão competente para produzi-lo. A propósito, vale a transcrição da lição do eminente Professor DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...) Assim, se o ato foi suficiente e validamente constituído, a revogação é, simetricamente, um ato desconstitutivo, ou, em outros termos, um ato constitutivo-negativo, pelo qual a Administração competente para constituí-lo – e apenas ela – retira a eficácia de um ato antecedente, exclusivamente por motivos de mérito administrativo, jamais por motivos jurídicos.

É em razão desta competência desconstitutiva derivada, de natureza revocatória, estar implícita na competência constitutiva da Administração que o Poder Judiciário, atuando com outra e distinta fonte de competência constitucional, que é a de controle de juridicidade, ou de legalidade ampla (art. 5º XXXV da CF), não pode revogar, pois sua área de atuação se circunscreve à correção de lesão ou ameaça a direito.

Assim, a competência para a revogação do ato administrativo será, em princípio, do mesmo agente que o praticou ou, conforme a hipótese, de um superior hierárquico com competência revisora. Por se tratar de controle de mérito, e não de juridicidade, o Poder Judiciário não poderá revogar atos administrativos praticados por outro Poder. Cabe, no entanto, a revogação, pelos órgãos do Poder Judiciário, de seus próprios atos administrativos.

(...)

Finalmente, vale recordar que a revogação de um ato administrativo que revogue, por sua vez, um ato administrativo anterior, não tem eficácia repristinatória, ou seja, não restaura o ato revogado porque este, tanto quanto o anulado, já está desfeito (*Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 230-231).

8. Como dito acima, a produção do ato regulamentar a que se refere o art. 7º do Decreto nº 6.253/2007 depende da manifestação de vontade do MEC e do MPOG, em conjunto. Nesse contexto, foi editada a Portaria Interministerial 221/2009. Por regra de simetria, a revogação do ato, por conveniência e oportunidade, somente poderia advir de novo ato, agora desconstitutivo, produzido por ambas as Pastas. Ausente uma delas, não se considera completa a desconstituição.

9. O MEC, sozinho, não tem legitimidade para revogar o ato complexo emanado dele em conjunto com o MPOG. Nesse ponto, assiste razão ao Impetrante. Com efeito,

a legislação de regência exige a edição conjunta da Portaria. Por lógica reversa, a revogação também depende da vontade manifestada pelas duas Pastas.

10. Ademais, por força do art. 15 da Lei nº 11.494/2007, o Poder Executivo Federal teria até o dia 31 de dezembro de cada ano para publicar as estimativas referentes ao FUNDEB, que vigeriam no exercício subsequente. Na hipótese, quando da edição da Portaria Interministerial 221/2009, o prazo legalmente conferido já havia expirado, tendo os valores sido divulgados extemporaneamente no dia 10.03.2009, o que, por si só, já causaria prejuízos ao planejamento e execução orçamentária dos Municípios beneficiários.

11. A posterior reedição dos índices, já no dia 14.08.2009, ou seja, quando transcorrida mais da metade do exercício financeiro, com redução do percentual devido, causa transtorno elevado fora de tempo e desarrazoado aos Municípios, que, assim como a União, têm o dever de formular leis orçamentárias e seguir com responsabilidade os cronogramas de receita e despesa, tornando mais austeros, organizados e programados os gastos públicos.

12. A alteração extemporânea dos repasses vai de encontro às exigências de gestão fiscal planejada que culminaram na edição da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que veio para reforçar os princípios da Lei nº 4.320/1964, buscando mais eficiência e equilíbrio do Orçamento Público.

13. Ao se permitir que a União reveja seus repasses a qualquer tempo, além de inviabilizar o correto e necessário planejamento financeiro dos demais Entes da Federação, ignoram-se Princípios regedores do Orçamento Público, tais como o da Unicidade e o da Anualidade.

14. Não foi outra a posição do Ministério Público Federal, que em sua manifestação adotou linha de raciocínio semelhante à aqui apresentada:

Dessa forma, os valores divulgados, ainda que extemporaneamente, pela Portaria 221, de 10.03.2009, para realização no exercício de 2009, devem prevalecer sobre aqueles constantes na Portaria 788, de 14.08.2009, ato impugnado pela presente impetração.

Não é razoável o argumento do Impetrado, no sentido de que a Portaria 788, de 14.08.2009, apenas consubstancia a atualização da estimativa de arrecadação de impostos, o que redundou na composição de novos valores estimados para os fundos até o fim do corrente exercício. Ora, a mesma alegada necessidade de planejamento de arrecadação do Fundo aplica-se ao planejamento orçamentário dos Municípios, que necessitam do prazo conferido pelo art. 15 da Lei nº 11.494/2007 para, já no início do exercício, programarem suas despesas a partir da previsão de suas receitas. A alteração unilateral dessa previsão, já ao final do exercício, entendo, consubstancia ato ilegal passível de correção pela via mandamental (fls. 60/61).

15. Ante o exposto, concede-se a ordem de segurança pleiteada, afastando as inovações da Portaria MEC 788/2009, fazendo valer o teor da Portaria Interministerial MEC/MPOG 221/2009, mantendo o repasse previsto nesta última.

16. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0195751-8

PROCESSO ELETRÔNICO MS 14.731 / DF

Número Origem: 200980000050826

PAUTA: 09/11/2016

JULGADO: 14/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE

PROCURADOR: MICHEL ALMEIDA GALVÃO E OUTRO(S) - AL007510

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

INTERES.: UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –
Atos Administrativos

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, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.913 / RIO DE JANEIRO (2008/0194533-2)

RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: ANA JULIETA SANTORO DE MELO CABRAL

ADVOGADO: EDUARDO VALLE DE MENEZES CORTES - RJ016022

ADVOGADA: MARIANA BEZERRA DE MENEZES CORTES - RJ119811

RECORRIDO: RAUL ANTÔNIO DE MELO CABRAL

ADVOGADO: FELIPPE ZERAIK E OUTRO(S) - RJ030397

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. PARTILHA DE BENS. CPC/73, ART. 89, II. DEPÓSITO BANCÁRIO FORA DO PAÍS. POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO ACERCA DO BEM NA SEPARAÇÃO EM CURSO NO PAÍS. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.

1. Ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação de direitos relativos a bens localizados no exterior, nada impede que, em processo de dissolução de casamento em curso no País, se disponha sobre direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens situados no exterior para efeitos da referida partilha.

2. Recurso especial parcialmente provido para declarar competente o órgão julgador e determinar o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentou oralmente Dr. EDUARDO VALLE DE MENEZES CORTES, pela parte RECORRENTE: ANA JULIETA SANTORO DE MELO CABRAL.

Sustentou oralmente Dra. BARBARA LUPETTI, pela parte RECORRIDA: RAUL ANTÔNIO DE MELO CABRAL.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.913 / RJ (2008/0194533-2)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 217):

FAMÍLIA. CASAL. INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA. BEM MÓVEL SITUADO NO EXTERIOR.

1 - O ordenamento processual, como corolário do princípio da soberania de Estado e sem distinguir o motivo *causa mortis* ou extinção do vínculo matrimonial, estabelece a exclusividade da jurisdição brasileira para processar o inventário e a partilha de bem situado no país.

2 - Nesse aspecto, presente o mesmo princípio, o alcance da finalidade social da norma processual indica a ausência da jurisdição brasileira para processar o inventário e partilha de bem situado em outro país.

Alega-se ofensa aos arts. 88, 89, 471 e 535 do Código de Processo Civil; 85 do Código Civil, bem como dissídio.

Sustenta que “não poderia o v. acórdão decidir pela incompetência da justiça brasileira, certo ainda que essa proclamada incompetência decorreu da afronta ao artigo 85 do Código Civil” (e-STJ fl. 247). Argumenta que não é correta a assertiva de que o bem a ser partilhado – dinheiro – “está situado nos Estados Unidos da América do Norte”, pois se trata bem fungível e consumível, destinado a circular, pouco importando onde esteja depositado ou se foi consumido pelo réu. Pretende a recorrente o crédito de metade do valor do dinheiro, que lhe cabe a título de meação.

Ressalta que a separação do casal foi requerida no Brasil pelo próprio ex-cônjuge, de forma que partilha dos bens decorrente da separação deve ser requerida e processada nos próprios autos, no juízo da execução, como efeito secundário da sentença, conforme já havia sido decidido em fase anterior pela mesma Câmara do Tribunal de origem prolatora do acórdão ora recorrido.

Argumenta que “o referido artigo 89, inciso II, da lei adjetiva civil encerra uma das hipóteses de competência da autoridade judiciária brasileira exclusiva. Mas a expressão ‘inventário e partilha de bens’ está relacionada apenas com a sucessão *mortis causa*, como ressalta da alusão, pouco adiante a ‘autor da herança’, sem vez alguma para o elastério emprestado pelo v. acórdão recorrido” (e-STJ fl. 249).

Aduz que “na exata medida em que assentou a jurisprudência não ser exclusiva da autoridade judiciária brasileira a competência para o inventário e partilha de bens situados no Brasil em decorrência de separação judicial; não há porque se cogitar de uma incompetência dessa mesma autoridade judiciária para

processar o inventário e partilha de bem ‘situado’ no exterior embora tenha a separação judicial sido decretada no Brasil” (e-STJ fl. 253).

Nesse sentido, invoca precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Especial do STJ que homologaram sentenças estrangeiras de divórcio e separação judicial em que havia disposição a respeito da partilha de bens situados no Brasil.

Contrarrazões às e-STJ fls. 275/280, pela manutenção do acórdão recorrido.

Parecer do Ministério Público Federal às e-STJ fls. 340/343, pelo provimento do agravo e do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.913 / RJ (2008/0194533-2)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): A pretensão veiculada no recurso, a meu ver, merece acolhida.

Registro que a separação do casal foi decretada por autoridade judiciária brasileira e, em seguida, requerida a partilha de um único bem, a saber, U\$ 208.357,00 depositados em instituição financeira nos Estados Unidos da América.

Em primeiro grau foi acolhido o pedido, para o fim de reconhecer o direito de crédito da recorrente à metade dos valores depositados no exterior, que deverão ser convertidos para o real levando-se em conta o câmbio da data da transferência, ou seja, o dia 05 de julho de 2001, corrigindo-se desde então o valor apurado pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça, mais juros de mora do Código Civil a partir da citação.

Reformando a sentença, entendeu o Tribunal de origem que “embora se reconheça o direito oriundo do regime de bens do casamento – no caso a meação –, este Tribunal de Justiça afigura-se incompetente para processar o inventário e a partilha do dinheiro depositado em conta de banco situado em outro país” (e-STJ fl. 218).

Entendeu a Corte local, a respeito do art. 89 do Código de Processo Civil de 1973, que “o ordenamento processual, como corolário do princípio da soberania do Estado e sem distinguir o motivo *causa mortis* ou extinção do vínculo matrimonial, estabelece a exclusividade da jurisdição brasileira para processar o inventário e a partilha de bem situado no país” (e-STJ fl. 218).

Assim dispunha a referida norma:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

(...)

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

A jurisprudência deste Tribunal registra precedente, da relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, acolhendo a tese esposada no recurso especial, a saber, de que a competência exclusiva prevista no art. 89, II, do CPC/73 aplica-se apenas ao inventário *causa mortis*. Eis a ementa do REsp. nº 535.646/RJ:

Partilha de bens. Separação decretada na Espanha. Competência da Justiça brasileira para decidir a partilha de bens imóveis localizados no país. Ausência de necessidade de homologação de sentença estrangeira sobre o estado das pessoas. Art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil.

1. Havendo nos autos, confirmado pelo acórdão, partilha de bens realizada em decorrência da separação, impõe-se o processo de homologação no Brasil, aplicando-se o art. 89, II, do Código de Processo Civil apenas em casos de partilha por sucessão *causa mortis*.

2. Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil).

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 535.646/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 03/04/2006, p. 330).

Em razão da inaplicabilidade do art. 89, II, do CPC/73 à hipótese de partilha decorrente de separação ou divórcio, a Corte Especial, na linha do entendimento já consagrado no Supremo Tribunal, tem deferido a homologação de sentenças estrangeiras de partilha envolvendo bens situados no Brasil. Entre outros, lembro o seguinte precedente:

Homologação de sentença estrangeira. Partilha de bens efetuada em Portugal. Divórcio já homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Imóvel situado no Brasil. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

1. O fato de determinado imóvel estar localizado no Brasil não impede a homologação da sentença estrangeira de partilha quanto ao mesmo bem, não ofendido o art. 89, II, do Código de Processo Civil nos termos de reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Hipótese em que, apesar de a sentença estrangeira não fazer menção expressa à legislação brasileira, esta foi respeitada, tendo em vista que coube 50% dos bens para cada cônjuge.

3. Homologação deferida.

(SEC 878/PT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 203).

Essa distinção não mais tem relevância no direito processual civil vigente, após a edição do CPC/2015, o qual passou a dispor expressamente competir à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, “em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional” (art. 23, III).

Mesmo que se admita, todavia, na linha do entendimento do acórdão recorrido, incidente o revogado preceito do art. 89, II, do CPC/73 também na hipótese de partilha decorrente de dissolução do vínculo conjugal, observo que tal norma apenas dispunha sobre a exclusividade da jurisdição brasileira, e não sobre sua ausência de jurisdição, não permitindo extensão interpretativa para se afastar por completo a competência para processar partilha decorrente de separação decretada no Brasil, levando em conta a existência de bem situado em outro país.

Não se pode perder de vista que a regra do art. 89, II, do CPC/73 é de natureza processual e não deve ser interpretada de modo a impedir a realização do direito material interno disciplinador do regime de bens do casamento.

Como se verifica do acórdão do Supremo Tribunal no RE 99.230-RS, relator o Ministro Rafael Mayer (RTJ 110/762), o qual aplicou o referido dispositivo à partilha de bens *causa mortis*, o fundamento da regra de exclusividade da jurisdição do país onde se situam os bens a partilhar é a eficácia prática da sentença. A lição de Hélio Tornaghi nele reproduzida esclarece:

O foro da situação da coisa (*forum rei sitae*) pode considerar-se universalmente adotado. É norma consuetudinária, para o Direito Internacional Público e norma interna aceita nas legislações, para o Direito Internacional Privado. (...) A adoção do *forum rei sitae* decorre de razão de ordem prática, a da quase inutilidade do processo movido fora do país em que o imóvel esteja situado, pois a execução da sentença teria sempre de operar-se nele após a necessária homologação. (...) Não seria possível a um Estado admitir a competência de outro para decidir das questões relativas a imóveis sem abrir mão da própria soberania. (...) O *situs rei* dentro do território nacional ou, melhor ainda, a circunstância de o imóvel ser território do Brasil leva à adoção da regra. (*Com. ao CPC*, H. Tornaghi, vol I, p. 308, *Com. ao art. 89 – Ed. RT 74*).

O magistério de Pontes de Miranda, também invocado no acórdão no RE 99.230-RS, a despeito de reconhecer a competência do foro da situação do bem para a partilha *causa*

mortis, afirma a possibilidade de que seja, pelo Juiz brasileiro, considerada a divisão feita no exterior, no escopo de que sejam examinadas as providências possíveis para preservar o direito à herança segundo o direito material aplicável:

Se há bens situados no Brasil e bens situados no estrangeiro onde a lei brasileira tem de ser atendida, só os bens situados no Brasil é que são objeto do inventário e partilha no juízo brasileiro. (...) O juízo do inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sítos no estrangeiro, mas se lhe é apresentada partilha feita no estrangeiro, sem inclusão de bens situados no Brasil, pode ele examinar o que, no Brasil, melhor pode fazer para se respeitar a herança necessária ou apenas legítima e a sucessão testamentária. (*In: Comentários ao CPC*, vol. II, Com. ao art. 89, II).

Nessa linha de compreensão, essa 4ª Turma, sob a relatoria do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assentou que a despeito da pluralidade de juízos de inventário, decorrente da regra do art. 89, II, do CPC/73, na partilha feita no Brasil deve ser considerado, para efeito de compensação, o valor dos bens partilhados no exterior, conforme entendimento sumariado na seguinte ementa:

DIREITOS INTERNACIONAL PRIVADO E CIVIL. PARTILHA DE BENS. SEPARAÇÃO DE CASAL DOMICILIADO NO BRASIL. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE NA DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. COMUNICABILIDADE DE TODOS OS BENS PERSENTES E FUTUROS COM EXCEÇÃO DOS GRAVADOS COM INCOMUNICABILIDADE. BENS LOCALIZADOS NO BRASIL E NO LÍBANO. BENS NO ESTRANGEIRO HERDADOS PELA MULHER DE PESSOA DE NACIONALIDADE LIBANESA DOMICILIADA NO BRASIL. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO DAS SUCESSÕES. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME FORMAL INSTITUÍDO PELO *DE CUJUS*. DIREITO DO VARÃO À MEAÇÃO DOS BENS HERDADOS PELA ESPOSA NO LÍBANO. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Tratando-se de casal domiciliado no Brasil, há que se aplicar o direito brasileiro vigente na data da celebração do casamento, 11.07.1970, quanto ao regime de bens, nos termos do art. 7º §4º da Lei de Introdução.

II – O regime de bens do casamento em questão é o da comunhão universal de bens, com os contornos dados à época pela legislação nacional aplicável, segundo a qual, nos termos do art. 262 do Código Civil, importava “a comunicação de todos os bens presentes

e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas”, excetuando-se dessa universalidade, segundo o art. 263-II e XI do mesmo Código “os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar”, bem como “os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade”.

III – Tratando-se da sucessão de pessoa de nacionalidade libanesa domiciliada no Brasil, aplica-se à espécie o *art. 10, caput*, da Lei de Introdução, segundo o qual “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”.

IV – Não há incomunicabilidade dos bens da herança em tela, sendo certo que no Brasil os bens da herança somente comportam incomunicabilidade quando expressa e formalmente constituído esse gravame pelo *de cujus*, nos termos dos arts. 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil, complementados por dispositivos constantes da Lei de Registros Públicos.

V – Não há como afastar o direito do recorrido à meação incidente sobre os bens herdados de sua mãe pela recorrente, na constância do casamento sob o regime da comunhão universal de bens, os que se encontram no Brasil e os localizados no Líbano, não ocorrendo a ofensa ao *art. 263*, do *Código Civil*, apontada pela recorrente, uma vez inexistente a incomunicabilidade dos bens herdados pela recorrente no Líbano.

VII – O art.89-II, CPC, contém disposição aplicável à competência para o processamento do inventário e partilha, quando existentes bens localizados no Brasil e no estrangeiro, não conduzindo, todavia, à supressão do direito material garantido ao cônjuge pelo regime de comunhão universal de bens do casamento, especialmente porque não atingido esse regime na espécie por qualquer obstáculo da legislação sucessória aplicável.

VIII – Impõe-se a conclusão de que a partilha seja realizada sobre os bens do casal existentes no Brasil, sem desprezar, no entanto, o valor dos bens localizados no Líbano, de maneira a operar a equalização das cotas patrimoniais, em obediência à legislação que rege a espécie, que não exclui da comunhão os bens localizados no Líbano e herdados pela recorrente, segundo as regras brasileiras de sucessão hereditária. (REsp. 275.985-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJe 13.10.2003).

Dessa forma, ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação de direitos relativos a bens localizados

no exterior, nada impede que, em processo de dissolução de casamento em curso no País, se disponha sobre direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens situados no exterior para efeitos da referida partilha.

Caberá à parte, assim entendendo, promover a efetivação de seu direito material aqui reconhecido mediante os trâmites adequados conforme o direito internacional.

A respeito da matéria, esta Corte Superior já se pronunciou em situação análoga, perfeitamente aplicável ao presente caso. A saber:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO E, APÓS, O CASAMENTO. BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES RELATIVOS AO DESFAZIMENTO DA INSTITUIÇÃO DA UNIÃO E DO CASAMENTO. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA QUANTO À PARTILHA IGUALITÁRIA DE BENS SOB PENA DE DIVISÃO INJUSTA E CONTRÁRIA ÀS REGRAS DE DIREITO DE FAMÍLIA DO BRASIL. RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE EQUALIZAÇÃO DOS BENS. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp. nº 1410958/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 27/05/2014).

Por ocasião do mencionado julgamento, assim ficou registrado no voto condutor do acórdão:

A lei de introdução prevê obedecer, no art. 7º, §4º, o regime de bens, legal ou convencional, “à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal”.

E o art. 9º reconhece que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

As duas regras conduzem à aplicação da legislação brasileira, estando diretamente voltadas ao direito material vigente para a definição da boa partilha dos bens entre os divorciantes.

Para o cumprimento desse mister, *impõe-se ao magistrado, antes de tudo, a atenção ao direito material, que não excepciona bens existentes fora do Brasil, sejam eles móveis ou imóveis.*

Se assim o fosse, para dificultar o reconhecimento de direito ao consorte ou vilipendiar o que disposto na lei brasileira atinente

ao regime de bens, bastaria que os bens de raiz e outros de relevante valor fossem adquiridos fora das fronteiras nacionais, inviabilizando-se a aplicação da norma a determinar a distribuição equânime do patrimônio adquirido na constância da união.

O acórdão recorrido, tendo em conta a lei material brasileira estabelecer a necessidade de partilha igualitária entre os cônjuges, pois assim decorre do seu regime de bens, houve por bem equilibrar os patrimônios de acordo com o valor dos aquestos existentes no Brasil e fora dele, integrando-se bens móveis ou imóveis. Não se sugeriu ou determinou violação do direito alienígena ou invasão de território estrangeiro para cumprimento da decisão. Tampouco a eventual eficacização da decisão judicial brasileira naquela nação mediante os meios próprios para tanto. Determinou-se apenas que se devem levar em consideração os valores dos bens que lá se apurarem quando do rateio do patrimônio, registrando-se, “na impossibilidade de entrega do bem, ou extinção do condomínio deste, basta a simples compensação de valores para equalização dos direitos, pagando, aquele que permanecer com o patrimônio, a diferença da meação daquele que deixar de receber bens em espécie.” A exegese respeita, expressamente, as normas de direito material acerca do regime de bens, assim como os arts. 7º e 9º da LICC, não revelando qualquer afronta ao art. 89 do CPC.

O referido dispositivo legal disciplina a competência internacional exclusiva do Poder Judiciário brasileiro para dispor acerca de bens imóveis situados no Brasil e para proceder a inventário e partilha de bens (móveis e imóveis) situados no Brasil.

Dele se extrai que a decisão estrangeira que viesse a dispor sobre bens imóveis ou móveis (estes em sede de inventário e partilha) mostrar-se-ia ineficaz no Brasil.

(...)

O reconhecimento de direitos e obrigações relativos ao casamento, com apoio em normas de direito material a ordenar a divisão equalitária entre os cônjuges do patrimônio adquirido na constância da união não exige que os bens móveis e imóveis existentes fora do Brasil sejam alcançados, pela Justiça Brasileira, a um dos contendores, apenas a consideração dos seus valores para fins da propalada equalização. (Grifos não constantes do original).

Assim, em tese, é possível, pois, que o Poder Judiciário Brasileiro reconheça direito decorrente de dissolução de sociedade conjugal relativo a bem do casal localizado no exterior, mesmo que sua eficácia executiva esteja limitada pela soberania.

No caso em exame, em que o bem cuja partilha se pretende é dinheiro, bem fungível e consumível, não tem relevância indagar em que local estará ele hoje depositado, ou mesmo se já foi consumido, pois o que se irá reconhecer em favor da recorrente, caso procedente seu pedido, é direito de crédito, a ser executado dentro das possibilidades do patrimônio do devedor no Brasil ou no exterior, de acordo com as regras vigentes no País onde se pretenda executar a sentença.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão de apelação e reconhecer a competência do juízo, bem como para determinar o prosseguimento do feito, com a apreciação da apelação quanto aos demais aspectos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.913 / RJ (2008/0194533-2)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Aqui não se discute a formação conjunta desse patrimônio. Essa questão não está debatida. Nenhuma parte alega que já tinha aquele recurso quando houve o casamento. Apenas que o dinheiro não existe. Mas ele não discute que o dinheiro não foi formado durante a união.

Por essa razão indago, se as partes não estão debatendo isso que estou indagando; ou seja, que essa poupança de duzentos e poucos mil dólares foi formada antes ou durante a união. Isso não é debatido.

Senhora Presidente, também, de minha parte, entendo que tivemos duas excelentes sustentações orais. Cumprimento os ilustres advogados, também a clareza e a profundidade do voto de Vossa Excelência.

Entendo que temos competência concorrente do Judiciário nacional com o estrangeiro para examinar causas desse tipo. E, assim como podemos homologar aqui sentença estrangeira que trate de matéria semelhante a esta, também a sentença que vier a ser proferida no Brasil, quanto a bens situados no estrangeiro, principalmente bens que não sejam imóveis, poderá ser objeto de pedido de homologação no estrangeiro para garantia de maior eficácia à decisão nacional. Estou acompanhando Vossa Excelência.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2008/0194533-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp. Nº 1.552.913 / RJ

Números Origem: 200813507307 200813708402 2040011503915

PAUTA: 08/11/2016

JULGADO: 08/11/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ANA JULIETA SANTORO DE MELO CABRAL

ADVOGADO: EDUARDO VALLE DE MENEZES CORTES – RJ016022

ADVOGADA: MARIANA BEZERRA DE MENEZES CORTES – RJ119811

RECORRIDO: RAUL ANTÔNIO DE MELO CABRAL

ADVOGADO: FELIPPE ZERAIK E OUTRO(S) – RJ030397

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Sucessões – Inventário e Partilha

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. EDUARDO VALLE DE MENEZES CORTES, pela parte RECORRENTE: ANA JULIETA SANTORO DE MELO CABRAL

Dra. BARBARA LUPETTI, pela parte RECORRIDA: RAUL ANTÔNIO DE MELO CABRAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.



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 Povo Indígena Xucuru e Seus Membros vs. Brasil Convocatória à Audiência

Visto:

1. O escrito de submissão do caso e o Relatório de Mérito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada *a Comissão Interamericana* ou *a Comissão*); o escrito de exceções preliminares e contestação à submissão do caso (doravante denominado *escrito de contestação*) da República Federativa do Brasil (doravante denominada *Brasil* ou *o Estado*), bem como o escrito de observações às exceções preliminares apresentado pela Comissão. Os representantes não apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas.

2. As listas definitivas de declarantes apresentadas pelo Estado e pela Comissão. Os oferecimentos de uma perita pela Comissão e de dois peritos e uma testemunha pelo Estado, e as correspondentes observações a estas listadas.

Considerando que:

1. O oferecimento e a admissão da prova, assim como a citação de supostas vítimas, testemunhas e peritos, encontram-se regulamentados nos artigos 35.1.f, 40.2.c, 41.1.c, 46, 48 a 50, e 57 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada *a Corte*, *a Corte Interamericana* ou *o Tribunal*).

2. O Estado ofereceu dois pareceres periciais e uma declaração testemunhal, e a Comissão ofereceu um parecer pericial.

3. Os representantes e a Comissão não realizaram observações à lista definitiva de declarantes do Estado. O Estado apresentou observações ao oferecimento da perícia por parte da Comissão Interamericana.

4. A seguir, o Presidente em exercício para o presente caso (doravante denominado *o Presidente*) examinará de forma particular a admissibilidade da prova oferecida pela Comissão e pelo Estado.

A. Admissibilidade da Prova Pericial Oferecida pela Comissão Interamericana

5. A Comissão ofereceu como prova o parecer pericial da senhora Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, a respeito dos padrões internacionais relevantes para determinar se um procedimento de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de terras e

territórios ancestrais de um povo indígena pode ser considerado em linha com as obrigações internacionais do Estado em matéria de propriedade coletiva e proteção judicial. A perita também se referirá ao alcance e ao conteúdo das obrigações estatais, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para assegurar que os povos indígenas possam exercer o direito de propriedade coletiva de suas terras e territórios de maneira pacífica, incluindo a obrigação de saneamento e outras medidas positivas para alcançar este tal fim, e poderá ainda aplicar os padrões desenvolvidos na perícia aos fatos do caso concreto.

6. A Comissão considerou que a perícia oferecida se refere a temas de ordem pública interamericana, de acordo com o estabelecido no artigo 31.5 f) do Regulamento da Corte, argumentando que o caso oferece uma oportunidade para que este Tribunal aprofunde sua jurisprudência em relação à propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais. Em particular, sobre as características necessárias para que um procedimento de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação dessas terras e territórios seja considerado compatível com as obrigações do Estado em matéria de propriedade coletiva e proteção judicial, com especial ênfase na necessidade de que tais procedimentos não se estendam injustificadamente. Os representantes não apresentaram observações sobre a perícia oferecida pela Comissão.

7. O Estado apresentou objeções unicamente sobre a data de remissão da perícia, alegando que essa prova não deveria ser admitida pela Corte porque a Comissão teria apresentado o nome e o *curriculum vitae* da perita após prazo previsto no artigo 35 do Regulamento do Tribunal. Em 2 de dezembro de 2016, a Secretaria da Corte comunicou às partes que identificou um erro na carta de notificação inicial do caso, a qual não incluiu a comunicação da Comissão de 6 de abril de 2016, na qual apresentou o nome da perita e seu *curriculum vitae* dentro do prazo de 21 dias do artigo 28.1 do Regulamento. No entanto, o Estado reiterou sua objeção na oportunidade de remeter observações sobre este oferecimento probatório.

8. Esta Presidência considera que o objeto da perícia oferecida pela Comissão é relevante para a ordem pública interamericana, pois representa uma análise de padrões internacionais relativos à propriedade coletiva dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais. Nesse sentido, o objeto da perícia ultrapassa a controvérsia do presente caso e se refere a conceitos relevantes para outros Estados parte da Convenção. Além disso, a Presidência considera que a objeção do Estado sobre a alegada extemporaneidade do oferecimento da referida perícia não possui mérito, já que, como explicado pela Secretaria, a Comissão apresentou o nome e o *curriculum vitae* da perita dentro do prazo concedido para tal fim, de acordo com a prática constante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essa Presidência não constata, portanto, nenhuma violação ao direito de defesa do Estado, uma vez que o mesmo teve a oportunidade de apresentar observações a este oferecimento probatório. Consequentemente, o

Presidente considera pertinente admitir o parecer pericial oferecido pela Comissão. O objeto do parecer pericial e a modalidade em que será recebido serão determinados na parte resolutiva da presente Resolução (pontos resolutivos 1 e 5 *infra*).

B. Admissibilidade da Prova Pericial e Testemunhal Oferecida pelo Estado

9. O Estado ofereceu a declaração testemunhal de José Sérgio de Souza, servidor público da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), para declarar sobre a visita *in loco* realizada entre 1 a 5 de agosto de 2016 nos Municípios de Pesqueira e Poção, no Estado de Pernambuco, especialmente sobre o relacionamento existente com as lideranças indígenas; a convivência entre os seis ocupantes não índios e os indígenas da comunidade Xucuru; sobre a ocupação dos indígenas nas Fazendas Caipe e do Sr. Petribu (Lagoa da Pedra), bem como a ocupação indígena nas demais áreas dos Municípios visitados.

10. Além disso, ofereceu dois pareceres periciais, a saber: i) Cristhian Teófilo da Silva, antropólogo e professor da Universidade de Brasília (UNB), e ii) Carlos Frederico Marés de Souza Filho, professor de Direito Agrário e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica de Paraná (PUC-PR). O senhor Teófilo da Silva declarará sobre o regime jurídico e a relação existente entre os povos indígenas e as terras que ocupam no Brasil; o modelo brasileiro do processo de demarcação das terras indígenas, bem como a relevância das questões culturais para o estudo da territorialidade. Por outro lado, o perito Marés de Souza Filho declarará sobre o regime jurídico das terras indígenas no Brasil, incluindo os conceitos de propriedade, posse e usufruto em relação às terras indígenas.

11. A Comissão e os representantes não apresentaram observações sobre a prova oferecida pelo Estado. Em consequência, o Presidente considera pertinente admitir esta prova. O objeto da declaração testemunhal e dos pareceres periciais e a modalidade em que serão recebidos serão determinados na parte resolutiva da presente Resolução (pontos resolutivos 1 e 5 *infra*).

Portanto:

O Presidente em Exercício da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

De acordo com os artigos 24.1 e 25.2 do Estatuto da Corte e com os artigos 4, 15.1, 26.1, 31.2, 35.1, 40.2, 41.1, 45, 46, 50 a 56 e 60 do Regulamento do Tribunal,

Resolve:

1. Requerer, pelas razões expostas na presente Resolução, de acordo com o princípio de economia processual e no exercício da faculdade concedida pelo artigo 50.1 do Regulamento da Corte, que a seguinte pessoa preste sua declaração perante agente dotado de fé pública (*affidavit*):

A) Perito (proposto pelo Estado)

1) Cristhian Teófilo da Silva, sobre o regime jurídico e a relação existente entre os povos indígenas e as terras que ocupam no Brasil; o modelo brasileiro do processo de demarcação das terras indígenas, bem como a relevância das questões culturais para o estudo da territorialidade.

2. Requerer aos representantes que, caso considerem pertinente, no que lhes corresponda e dentro do prazo improrrogável que vence em 7 de fevereiro de 2017, apresentem as perguntas que considerem pertinentes formular através da Corte Interamericana ao perito referido no ponto resolutivo 1. A perícia requerida no ponto resolutivo 1 deverá ser apresentada a mais tardar em 10 de março de 2017.

3. Requerer ao Estado que coordene e realize as diligências necessárias para que, uma vez recebidas as perguntas, se as houver, o perito proposto inclua as respectivas respostas em sua declaração prestada perante agente dotado de fé pública, de acordo com os pontos resolutivos 1 e 2 da presente Resolução.

4. Dispor que, uma vez recebida a perícia requerida no ponto resolutivo 1, a Secretaria da Corte a transmita aos representantes, à Comissão e ao Estado para que, caso considerem necessário e no que lhes corresponda, o Estado e os representantes apresentem suas observações a esta perícia, a mais tardar com suas alegações finais escritas.

5. Convocar os representantes e o Estado, assim como a Comissão Interamericana, a uma audiência pública que será realizada nos dias 21 e 22 de março de 2017, a partir das 15h do dia 21 de março, durante o 57º Período Extraordinário de Sessões, o qual será realizado na Cidade da Guatemala, Guatemala, para receber suas alegações finais orais e observações finais orais, respectivamente, sobre as exceções preliminares, eventuais méritos, reparações e custas, bem como as declarações das seguintes pessoas:

A) Testemunha (proposta pelo Estado)

1) José Sérgio de Souza, quem declarará sobre a visita *in loco* realizada entre 1 e 5 de agosto de 2016 nos Municípios de Pesqueira e Poção, no Estado de Pernambuco, especialmente sobre o relacionamento existente com as lideranças indígenas; a convivência entre os seis ocupantes não índios e os indígenas da comunidade Xucuru; sobre a ocupação dos indígenas nas Fazendas Caipe e do Sr. Petribu (Lagoa da Pedra), bem como a ocupação indígena nas demais áreas dos Municípios visitados.

B) Perita (proposta pela Comissão)

1) Victoria Tauli-Corpuz, quem declarará sobre os padrões internacionais relevantes para determinar se um procedimento

de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de terras e territórios ancestrais de um povo indígena pode ser considerado em linha com as obrigações internacionais do Estado em matéria de propriedade coletiva e proteção judicial. A perita também se referirá ao alcance e ao conteúdo das obrigações estatais, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para assegurar que os povos indígenas possam exercer o direito de propriedade coletiva de suas terras e territórios de maneira pacífica, incluindo a obrigação de saneamento e outras medidas positivas para alcançar este tal fim, e poderá ainda aplicar os padrões desenvolvidos na perícia aos fatos do caso concreto.

C) Perito (proposto pelo Estado)

1) Carlos Frederico Marés de Souza Filho, quem declarará sobre o regime jurídico das terras indígenas no Brasil, incluindo os conceitos de propriedade, posse e usufruto em relação às terras indígenas.

6. Requerer aos peritos convocados a declarar em audiência pública que, caso considerem conveniente, apresentem uma versão escrita de sua perícia a mais tardar até 10 de março de 2017.

7. Requerer ao Estado do Brasil que facilite a saída e a entrada de seu território dos declarantes, caso residirem ou nele se encontrarem, que foram citados na presente Resolução a prestar declaração na audiência pública neste caso, de acordo com o disposto no artigo 26.1 do Regulamento da Corte.

8. Solicitar ao Estado e à Comissão Interamericana que notifiquem a presente Resolução às pessoas por eles propostas, que foram convocadas a prestar declaração, de acordo com o disposto no artigo 50.2 e 50.4 do Regulamento.

9. Informar ao Estado e à Comissão Interamericana que devem cobrir os gastos relacionados à apresentação da prova por eles proposta, de acordo com o disposto no artigo 60 do Regulamento.

10. Requerer ao Estado e à Comissão Interamericana que informem às pessoas convocadas a declarar que, de acordo com o disposto no artigo 54 do Regulamento, o Tribunal colocará em conhecimento do Estado os casos nos quais as pessoas convocadas a comparecer ou declarar não comparecerem ou se recusarem a depor sem motivo legítimo ou que, no parecer da mesma Corte, tenham violado o juramento ou a declaração solene, para os fins previstos na legislação nacional correspondente.

11. Informar aos representantes, ao Estado e à Comissão Interamericana que, ao final das declarações prestadas na audiência pública, poderão apresentar perante o Tribunal, respectivamente, suas alegações finais orais e observações finais orais sobre as exceções preliminares, eventuais mérito e reparações e custas neste caso.

12. Informar aos representantes, ao Estado e à Comissão Interamericana que contam com um prazo até 24 de abril de 2017 para apresentar, respectivamente, suas alegações finais escritas e observações finais escritas, em relação às exceções preliminares, eventuais mérito e reparações e custas. Este prazo é improrrogável.

13. Dispor que a Secretaria da Corte notifique a presente Resolução aos representantes, à República Federativa do Brasil e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente em exercício

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente em exercício

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Comemora o Dia Nacional do Ministério Público

No dia 15 de dezembro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro homenageou autoridades, membros da instituição e servidores com a entrega do Colar do Mérito, maior honraria concedida pela instituição, e da Medalha Annibal Frederico de Souza. A cerimônia foi realizada em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça em comemoração ao “Dia Nacional do Ministério Público”, celebrado anualmente no dia 14 de dezembro.

Foram agraciados com o Colar do Mérito o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso; o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio, Desembargador Milton Fernandes de Souza; o Chefe do Estado Maior do Exército, General Fernando Azevedo e Silva; a ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio, Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro; a Presidente interina do Tribunal de Contas do Estado do Rio, Marianna Montebello Willeman; o Defensor Público-Geral do Estado do Rio Janeiro, André Luís Machado de Castro; o Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, Domingos Meirelles; o Procurador-Geral do Município do Rio, Antônio Carlos de Sá; o Procurador de Justiça do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins; e a Promotora de Justiça aposentada do MPRJ Anaíza Helena Malhardes Miranda.

O Colar do Mérito também foi entregue a agraciados em anos anteriores que, na ocasião, não puderam receber a comenda, como o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira, que recebeu a homenagem em 2009; e o Subprocurador-Geral de Justiça Jurídica e Institucional do Estado de Mato Grosso, Marcelo Ferra de Carvalho, que recebeu a comenda em 2013.

Na abertura do evento, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Gussem, falou da atuação destacada dos homenageados, sobretudo em meio às incertezas, tensões e desafios que marcaram a história recente do Estado do Rio de Janeiro.

“O ano de 2017 não deixará saudades, mas seguramente nos deixou lições”, disse Gussem, acrescentando que os homenageados trilharam seu percurso de modo firme e sempre com ética e correição. Em seu discurso, Gussem assinalou que a origem da bancarrota do Estado não foi produto exclusivo do acaso ou das conjunturas econômicas, mas também da corrupção. Segundo o PGJ, o combate à corrupção no Estado do Rio de Janeiro veio na esteira da operação Lava-Jato. “Seus protagonistas souberam, com ineditismo e coragem, extrair os melhores frutos de avanços legislativos consideráveis”, disse.

As palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, à plateia, também tiveram a corrupção como tema central. Barroso afirmou que o País enfrenta uma crise sistêmica e endêmica em que a corrupção se alastrou por diversos segmentos e estruturas, tanto públicas como privadas. No entanto, demonstrou esperança e otimismo para que o Brasil amadureça enquanto sociedade. “Poucos países do mundo se expuseram de uma maneira tão aberta e corajosa para promover transformações como nós estamos fazendo no Brasil”, afirmou. O Ministro discursou em nome dos agraciados e também destacou a presença do Ministério Público fluminense na formação de sua personalidade, moldada pela inspiração de seu pai, o Procurador de Justiça aposentado Roberto Bernardo Barroso.

A medalha Annibal Frederico de Souza foi entregue pelo Procurador-Geral de Justiça aos servidores do MPRJ Ana Paula dos Santos, Thaís Silva Gonçalves, Denise Nascimento e ao Subtenente João Máximo Guimarães Rodrigues (*in memoriam*). Também recebeu a homenagem o servidor Marcelo Vieira Azevedo, que não pode receber a medalha concedida em 2014.

Na solenidade, também foi entregue o “Prêmio MPRJ Ideias Inovadoras”, que tem como objetivo estimular a adoção de novas práticas administrativas. A vencedora foi a ideia “Planilha Excel para controle do fluxo de notificações e ofícios enviados aos técnicos de atos intimatórios / Planilha Excel para preenchimento automático de endereços para confecção de relatórios técnicos de notificação e atos intimatórios / Planilha Excel para controle de solicitações de inspeções encaminhadas à equipe técnica do Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional (CRAAI). O trabalho foi desenvolvido pela servidora Taisa Raphael de Oliveira. O segundo lugar ficou com a ideia “Alinhamento das ações de assessoramento técnico na fiscalização do Sistema Único de Assistência Social (SUAS)”, desenvolvida pelas servidoras Marcia Nogueira da Silva e Anália do Santos Silva. Em terceiro lugar, foi premiada a ideia “Pesquisas Eletrônicas de Satisfação e Geoprocessamento de Resultados”, proposta pelo servidor Ronaldo Bello Guimarães.

Além do Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem, compuseram a mesa da solenidade Pedro Elias Erthal Sanglard, Corregedor-Geral do MPRJ; Claudio Roberto Pierucetti Marques, Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro interino; Thiers Vianna Montebello, Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro; Luciano Oliveira Mattos de Souza, Presidente da Associação do MPRJ (AMPERJ); Virgilio Panagiotis Stavridis, Presidente do Conselho de Administração da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Integrantes do MPRJ e da Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro; Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça do MPRJ (CEPROJUS); Eduardo da Silva Lima Neto, Presidente da Caixa de Assistência do MPRJ (CAMPERJ); e Flávio Sueth, Presidente da Associação dos Servidores do MPRJ (ASSEMPERJ).

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Gussem, Discursa na Solenidade de Comemoração do Dia Nacional do Ministério Público



Junto com o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, cumprimento os homenageados e todos os convidados presentes.

Reunir, em uma mesma cerimônia, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso; o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Milton Fernandes de Souza; o Comandante Geral do Estado Maior do Exército Brasileiro, General Fernando Azevedo e Silva; a ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro; a Presidente interina do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Conselheira Marianna Montebelo Willemann; o Defensor-Público Geral do Estado, Dr. André Luiz Machado de Castro; o Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro, Dr. Antônio Carlos de Sá; o presidente da Associação Brasileira de Imprensa, Domingos Meirelles; e os ilustres colegas de *Parquet*, o Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins, que, por vezes, exerceu, neste ano, a função de substituto legal do Procurador-Geral de Justiça e a Promotora de Justiça, recém-aposentada, Anaíza Helena Malharden Miranda Montel, é algo que nos dá a certeza de que as láureas a serem entregues no dia de hoje estão e sempre estarão nas mãos certas.

Somam-se às renomadas personalidades listadas acima, os não menos ilustres e também merecedores incondicionais da comenda, o Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira, tantas vezes Procurador-Geral de Justiça e Presidente de nossa Associação de classe, agraciado no ano de 2009, e o Promotor de Justiça Marcelo Ferra de Carvalho, que também já foi Procurador-Geral de Justiça do combativo Ministério

Público mato-grossense, Presidente da Associação de classe e membro do Conselho Nacional do Ministério Público, condecorado em 2013. Completam o nosso seleto rol, os servidores João Máximo Guimarães Rodrigues (*in memoriam*); Thais Silva Gonçalves; Ana Paula dos Santos; Marcelo Vieira de Azevedo e Denise Ramalho Nascimento, todos com irrepreensível trajetória institucional.

Cada um dos hoje homenageados, ao seu modo e representando a sua Instituição, participou da difícil tarefa de construção e transposição do ano que se finda. Incertezas, tensões e desafios marcaram a trajetória recente. O ano de 2017 não deixará saudades, mas seguramente nos deixou lições. E o mais importante: todos os homenageados, ciosos de suas responsabilidades, trilharam esse percurso de modo firme. A despeito das adversidades, conservaram o equilíbrio, o diálogo e a resiliência necessários para atuar com coragem e retidão, sem vaidades ou ufanismos. As personalidades que hoje celebramos dão a prova de que o Rio de Janeiro, embora imerso em profunda crise, ainda conta com homens e mulheres capazes de resgatar a dignidade e o orgulho da população fluminense.

2017 entrará para a história como o ano em que o Rio de Janeiro começou a se levar a sério. De modo inédito, foram lançadas luzes sobre nossas estruturas de Poder. Erguido o véu da impunidade, desnudou-se em face da opinião pública uma engrenagem política corrupta, permeada por métodos e práticas nada ortodoxos. O diagnóstico foi dado: a origem da bancarrota do Estado, longe de ser produto exclusivo do acaso ou das conjunturas econômicas, repousa na corrupção. Autoridades, em sua maioria detentoras do chamado foro por prerrogativa de função, enriqueceram à custa da miséria humana. Forças policiais sucateadas, saúde deficitária, funcionalismo público privado de verbas salariais, algumas das tristes notícias do cotidiano fluminense.

Inegavelmente, o descortinar da corrupção no Estado do Rio de Janeiro veio na esteira da operação Lava-Jato. Iniciada em março de 2014, a Lava-Jato figura entre as maiores operações de combate à corrupção de que se tem notícia. Seus protagonistas souberam, com ineditismo e coragem, extrair os melhores frutos de avanços legislativos consideráveis, notadamente a colaboração premiada, difundida entre nós no contexto da Lei 12.850/13, que regula as organizações criminosas. Não fosse o fecundo encontro entre a força de vontade e um arcabouço jurídico mais efetivo à persecução penal, certamente estaríamos, até hoje, passivos, sendo exauridos por oportunistas e usurpadores do dinheiro público.

A criminalidade é um fenômeno social que se alastra mundo afora. No Brasil, ela assume contornos ainda maiores em razão da sabida ineficiência estatal na implementação de políticas públicas indispensáveis à dignidade humana. Para agravar a situação, políticos encontraram, na associação com o alto escalão do crime organizado, uma garantia para a perpetuação no poder e um trampolim para o ganho fácil. Nas comunidades carentes, o crime organizado se sobrepôs ao Estado de Direito: verdadeira simbiose entre políticos e traficantes. Por sua vez, gestores públicos marcados pela improbidade encontraram na promiscuidade com o capital privado uma modalidade de arranjo que atende a poucos, em prejuízo de toda a coletividade.

O cenário fluminense, maculado pelos fatores anteriormente listados, lidera um vergonhoso ranking. Nosso Estado ostenta hoje o posto de pior ambiente de negócios do Brasil e, no tocante à transparência, ocupa a penúltima posição na federação, de acordo com estudos da Transparência Brasil. Somos o Estado que possui o rol mais extenso de políticos e autoridades que gozam do chamado foro por prerrogativa de função, circunstância que cria dificuldades significativas à responsabilização pela prática de ilícitos.

Precisamos dar um basta em tanta ineficiência.

Na sociedade atual, dinâmica e complexa, não é possível que a resposta estatal tenha a pretensão de ser a mesma de cinquenta anos atrás. Precisamos de mudanças legislativas, sim, por óbvio. Mas também são urgentes mudanças de postura institucional. Há uma frase, que gosto sempre de citar, que retrata a essência do processo evolutivo de qualquer civilização: “o que nos trouxe até aqui, não nos levará adiante”.

A Lava-jato é um passo importantíssimo. Mas precisamos de outros passos. O combate à corrupção é uma marcha constante, que não admite retrocessos e pressupõe integração. O modelo de atuação reativo que transfere ao Poder Judiciário a solução de todos os conflitos existentes tem falhado. Não há mais espaço para atuarmos no varejo, de forma isolada e burocratizada.

Os cidadãos e as instituições do século XXI têm que entender que, se continuarem agindo com mentalidade do século XX, serão tsunamizados. O mundo moderno anseia por dados abertos, por transparência ativa e por *compliance* efetivo. O poder, na Era do Conhecimento, não está mais focado em uma única pessoa, ele está descentralizado, democratizado. Todos podem e precisam ser fiscais de todos. Os danos não devem ser apenas reparados, é necessário irmos além: eles precisam ser evitados. Não podemos transigir com o que não nos pertence.

Nos dias atuais, vigora entre nós uma cultura colaborativa, bem diferente da postura competitiva de outrora. Ao lado do diálogo e da integração, a inovação e a tecnologia são as palavras de ordem do mundo contemporâneo. Na sociedade do conhecimento, com dados abertos e informação plural, os processos decisórios devem ser qualificados e as iniciativas estratégicas. Reunir dados para conhecer. Planejar para executar.

A boa notícia é que já demos início a essa qualificação da nossa atuação. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem se modernizando, vem se reinventando. Em jogo, a nossa própria sobrevivência enquanto Instituição socialmente útil.

Desde 2015 desenvolvemos uma plataforma digital chamada “MP em Mapas”, que cria um novo ambiente de trabalho. Vamos integrar membros, servidores, cidadãos, imprensa e empresariado em um mesmo espaço. Informação é poder, e informação compartilhada e transparente produz cidadania ativa.

Também temos avançado a passos largos na articulação institucional e no diálogo com a sociedade civil.

Nosso recém-criado Laboratório Orçamentário, em conjunto com os Tribunais de Contas do Estado e do Município do Rio de Janeiro, tem realizado um trabalho digno de registro: nas respectivas esferas de atribuição, temos acompanhado, em conjunto, a execução orçamentária do Estado e de cada um dos nossos municípios, atuando antes da efetivação do dano, na correção de rumos.

Capitaneados pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, estamos integrando um grupo de coalizão para evitar abusos do poder político e econômico nas eleições que se avizinham.

Mantemos interlocução permanente, quase que diária, com o Tribunal de Justiça do Estado. Temos uma agenda comum diversificada, que vai desde o aprimoramento das ferramentas de monitoramento do sistema prisional e socioeducativo, passa pelas discussões em torno da maior celeridade da prestação jurisdicional e do acesso efetivo à justiça, e alcança assuntos eminentemente administrativos, a exemplo da decisão da realização de compras públicas conjuntas, para obtenção de condições mais econômicas em procedimentos licitatórios, convênio recentemente firmado com a Presidência da Corte.

Considerando que nossas funções exorbitam em muito a esfera penal, a Instituição tem identificado pautas que convergem com a Defensoria Pública do Estado. Boas iniciativas podem ser listadas nas áreas de saúde, educação, assistência social e tutela das populações carcerárias. Nas recentes manifestações populares ocorridas na cidade, o *Parquet*, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil realizaram um trabalho preventivo conjunto, com o propósito de assegurar o livre e regular exercício do direito de manifestação.

As forças armadas, em particular o Exército Brasileiro, também têm se somado ao *Parquet* fluminense em diversos ajustes de cooperação técnica relacionados à área de inteligência.

Vejo com bons olhos a corajosa iniciativa do Ministério Público Federal de se voltar à questão do controle dos portos e fronteiras. O combate ao tráfico de drogas e a toda sorte de crimes que orbitam este comércio ilícito depende, fundamentalmente, da sinergia de forças entre Instituições de todos os níveis federativos.

Não poderia deixar de registrar os avanços já realizados na interlocução com a sociedade civil. Para tanto, intensificamos a agenda de audiências públicas e reuniões temáticas abertas à comunidade (nestas oportunidades já discutimos assuntos como segurança pública, crise fiscal, intolerância religiosa e preconceito racial). Aprimoramos nossa política de comunicação social: a imprensa é fundamental à construção de um Ministério Público transparente. A população precisa conhecer as iniciativas do Ministério: realizar críticas e, sobretudo, usufruir das conquistas realizadas em prol do coletivo.

No âmbito interno, é importante sublinhar a produtiva integração que vem sendo cultivada com as entidades representativas dos servidores do Ministério Público fluminense. A harmonia e o respeito verificados neste ambiente de diálogo têm permitido investimentos na valorização e qualificação de nossos quadros de apoio, essenciais ao êxito Institucional.

Enfim, é com muito trabalho e determinação que pretendemos caminhar na busca de novos horizontes. Nas palavras de Martin Luther King, suba o primeiro degrau com fé. Não é necessário que você veja toda a escada. Apenas dê o primeiro passo.

Parabéns aos homenageados pelos passos dados até aqui. Parabéns, sobretudo, pela coragem e destemor. Saibam todos que juntos enfrentaremos essa difícil realidade, sempre com ética, retidão e com o coração elevado, em busca de um Estado que respeite seus cidadãos dando a eles, acima de tudo, dignidade.

Muito obrigado!

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ACORDO(S)

23, 26, 29-30, 35-37, 39, 41-49, 51, 53, 55-56, 62-68, 71-73, 83, 119, 122, 145, 154-155, 157, 159-161, 163, 165, 167-169, 173, 178-179, 186-187, 190, 192, 195, 199-203, 208-209, 211, 214-217, 231, 233, 238, 250, 286-287, 315, 339, 342, 391, 397, 418, 422, 425, 443-444, 449, 452-453-455, 465;

APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992

29, 31-32, 35, 67, 70, 208;

AJUSTES DIRETOS

186, 198;

ANTECIPAÇÃO DE SANÇÃO

165, 168;

ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

129-131;

BENS DE CULTURA

96, 105, 107;

CELEBRAÇÃO DE ACORDO

35, 43, 64, 73;

CHAMAMENTO PÚBLICO

179, 181, 185-190, 192, 197-198;

CIÊNCIA

96, 99-101, 105, 272, 351, 382;

CLÁUSULA GERAL

109, 113-114, 116-126;

COLABORAÇÃO PREMIADA

53-54, 57, 63, 73, 141, 147, 149, 153-162, 165, 167-169, 171-173, 464;

COMPREENSÃO DO DIREITO

83, 88;

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

57-61, 72, 168, 202-203;

SENSUALIDADE

29-31, 36-38, 41, 43, 46-49, 51-57, 62, 64, 66-67, 69-74;

CONSTITUIÇÃO

25, 32-33, 36, 40, 44, 54, 56, 58, 62, 66, 70, 88, 95-101, 103-104, 106-107, 117, 139-143, 145, 147, 151-152, 154-155, 157, 159, 164-166, 169, 171-174, 184, 193, 197-

198, 200, 203-204, 212, 215, 227, 253-254, 256-258, 264, 270, 272, 274, 278, 280, 314, 316-318, 320, 322, 324-326, 328, 332-336, 339, 341-342, 344, 347-348, 350-355, 357-358, 361-362, 364-370, 376, 382-385, 389, 398, 400, 405, 408, 410, 412, 414, 421, 427, 430;

CONTRATO DE GESTÃO

180, 183-184, 190, 197;

CONTROLE JUDICIAL

138;

CONVÊNIOS

180-183, 185, 187, 194-197;

CORRUPÇÃO PÚBLICA

141-142, 144-145, 147-148, 156-157, 172;

CRIMES DE CORRUPÇÃO

144-145, 147-148, 172;

CRIMINALIDADE ORGANIZADA

156, 199;

CULPA

42, 45, 49, 55, 91-93, 109-117, 121-126, 282, 284, 286-288;

CULTURA

17-18, 20, 22-25, 27, 84, 95-105, 107, 170, 311, 316, 318-319, 332, 350, 354, 367-369, 377, 379, 381-383, 385-387, 398, 401, 465;

DENSIDADE ELEITORAL

237-238;

DIREITO DA CULTURA

107;

DIREITO PORTUGUÊS

50, 109, 113-115, 121-122, 124, 126;

DIREITO SANCIONADOR

29-38, 41, 47, 54, 62, 68-71, 73-74;

DIREITOS CULTURAIS

96, 98, 100, 103, 107, 307, 313, 334, 347, 350, 354, 362, 367-369, 386;

DIREITOS HUMANOS

17-18, 24-27, 207, 359, 361, 363, 449;

DISCRICIONARIEDADE

130, 135;

DISTRITÃO

237-238;

EDUCAÇÃO

21, 96, 98-103, 105, 107, 145, 187-189,
396, 427-428, 466;

EXAME JUDICIAL

133;

HERMENÊUTICA DIATÓPICA

17-21, 25;

IDENTIDADE CULTURAL

21-22, 24-25, 27, 100-101, 103-104;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

31-32, 34, 54, 57, 63-64, 68, 70, 72-73,
141-142, 146, 149-152, 156-173, 199-200,
202-204, 207-209, 210-212, 215-218;

INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

29, 31, 35, 48, 57, 63-64, 72-73;

INTERCÂMBIO CULTURAL

17, 27;

INTERNET

17, 19-22, 24, 27, 262, 267, 316, 343, 351,
378, 422;

LEGALIDADE

38-40, 44, 66-67, 69, 131-132, 134, 137,
140, 152, 159, 185-186, 192-193, 198,
203-204, 217, 334, 344-345, 403, 407-
410, 414, 417-418, 422-423, 432;

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

31-32, 34, 57, 64, 141-142, 149-152, 156-
165, 171-173, 199-200, 203-204, 208,
215, 217;

LEI Nº 12.529/2011

36, 42, 44-45, 53, 63;

LEI Nº 12.846/2013

32-34, 36, 57, 62-64, 71, 143, 200-201,
209, 214;

LEI Nº 13.019/2014

179-180, 185-187, 190, 192-195, 197;

LEI Nº 8.429/1992

29, 31, 34-35, 54, 57, 62, 64-72, 141-143,
149-150, 152, 159-160, 162, 165-166,
169, 173, 208, 210, 414;

LIBERDADES CULTURAIS

104, 106;

LIMITES

19, 22, 26, 38-39, 42, 72, 106, 138, 143,
149, 206, 266, 283, 286, 305, 310, 387,
394, 406, 431;

LINGUÍSTICA

83-85;

MULTICULTURALISMO

17-18, 21-22, 24-27, 96, 104;

MULTICULTURALISMO LIBERAL

18, 24-26;

NORMAS PROCESSUAIS

227;

ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

36;

PARCERIAS

179-180, 185, 189-191, 194, 197-198;

PARTIDOS

237-238, 265;

PENA

35, 44, 46, 50-55, 66, 112, 125, 129, 135-
137, 152-153, 155, 159-161, 163-164, 169-
170, 181, 201, 259, 265, 276, 281, 289,
318, 352, 356, 365, 373, 387, 393, 413-
414, 424, 427, 430, 442;

PLEA BARGAINING

49;

PODER-DEVER

166, 169, 228, 230-233;

POLÍTICA

21, 24, 26-27, 30, 35, 40, 65, 69, 92, 96-
97, 99, 101-104, 131, 141-142, 179, 184,
188-189, 208, 237, 256-257, 260-261,
264-267, 349, 358-359, 464;

PRECEDENTES

41, 91, 96, 228, 230-232, 251, 263-264,
276, 280, 282, 286, 293, 310, 314, 317,
352, 362, 367, 373, 381, 408, 412-414,
437-438;

PRESERVAÇÃO DAS ESPÉCIES

22, 322, 332;

PRINCÍPIO REPUBLICANO

141-142;

PROBIDADE

139-143, 151, 162, 168, 186, 203, 208,
265;

PROCESSO

17, 25-26, 31, 33-34, 36, 42-43, 45, 47-50, 54-55, 62-66, 70-71, 87, 113, 115, 123, 129-130, 132-137, 144-147, 150, 153-154, 157-158, 160-162, 164-165, 171-173, 180-181, 188, 190, 192, 195, 197, 199-201, 204-209, 211-213, 215-218, 227, 231-232, 243-246, 248, 250, 254-255, 257-258, 261, 264, 266, 269-275, 277-278, 281-282, 287-289, 297-302, 304, 307, 312, 314-316, 318, 331, 338, 346, 357, 359, 361, 363, 368, 375-376, 378, 382, 386, 387, 400, 404, 406-407, 409-410, 412-414, 417, 421-422, 424, 426, 434-439, 442, 445, 453-454, 465;

PROCESSO DISCIPLINAR

130, 135, 412;

RECURSO

35, 41, 69, 111, 133-136, 159, 162, 179-183, 185-187, 189-197, 227-230, 232, 248-249, 259, 262-267, 269-285, 287, 301, 310, 313, 347, 352, 365, 368-369, 398, 405, 410-412, 429, 435-438, 440, 442, 444-445;

REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS

179-180, 185, 194;

RESPONSABILIDADE CIVIL

91-93, 109-117, 121-126;

RESPONSABILIDADE CIVIL MODERNA

110;

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

91-92, 109-111, 113-117, 121, 124, 126;

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

109-113, 115-117, 121, 124-125;

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

48;

RISCO

26, 36-37, 49, 50, 52, 56, 59, 71, 73, 91-92, 99, 109, 110-118, 121-125, 189, 215, 271-272, 280, 284-285, 310, 323-333, 335-336, 346, 350, 354-355, 357-358, 361, 364-365, 367-368, 370, 386, 399, 400;

SIGNIFICADO

21, 84, 86, 89, 95, 257, 336, 346, 352, 358, 364, 376;

SIGNIFICANTE

84, 86, 89, 376;

SIGNO

84, 86, 89, 190, 256;

SILOGISMO

85, 87;

SUBSUNÇÃO

85, 89, 93, 120, 143;

TECNOLOGIA

17, 21, 24, 144, 465;

TERCEIRO SETOR

177-179, 182, 189, 193;

TIPO DEDUTIVO

88;

TIPO INDUTIVO

88;

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/consulta-juridica/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