

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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

Imensitas
Bras
Carlos Maximiliano

Codigo
Civil
Brasileiro

Ruy Barbosa
Causa Pedagogica

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

Jeziel Gusmão
Felipe Mello
Tiffany Fiks
Pesquisa

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

Daniel Camelo
Diagramação

Aginaldo Alves
Controle Administrativo

Silvio Emanuel Fernandes
Estagiário

Cristina Siqueira
Lorena Tavares
Caroline Linhares
Revisão Ortográfica

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2014 (1 - 54)
2015 (55, 56, 57, 58)

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

Marfan Martins Vieira
Procurador-Geral de Justiça

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

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais

José Eduardo Ciotola Gussem
Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ertulei Laureano Matos
Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante
Secretária-Geral do Ministério Público

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Subcorregedor-Geral

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Membros natos

Carlos Antonio da Silva Navega
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
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Walberto Fernandes de Lima
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Lilian Moreira Pinho
Joel Tovil
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Maria Luiza De Lamare São Paulo
Dirce Ribeiro de Abreu
José Roberto Paredes
Luiz Fabião Guasque

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Alexandre Viana Schott
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Marlon Oberst Cordovil
Sumaya Therezinha Helayel

Pelos Promotores de Justiça

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Ricardo Ribeiro Martins
Flávia Araújo Ferrer de Andrade

**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**

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

• • •

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

José Roberto Paredes
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
Presidente

EDITORIAL

Com o restabelecimento do Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, o Ministério Público passou de defensor dos interesses estatais a fiscal da ordem jurídica e defensor da democracia e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Durante o processo de construção do novo perfil ministerial, tem sido essencial que as ações institucionais sejam norteadas por uma visão prospectiva do pensamento jurídico. Para tanto, faz-se fundamental a promoção do conhecimento jurídico-científico, com a divulgação da mais avançada produção doutrinária e jurisprudencial contemporânea, missão que a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem desempenhando com excelência.

Nesta última edição de 2015, a Revista dá continuidade à sua opção pela pluralidade temática. Na seção *Doutrina*, é analisada a necessidade de se criar um Estatuto do Tráfico de Pessoas na Legislação Brasileira; as convergências e divergências da nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas em relação à Lei de Improbidade Administrativa; tópicos acerca da posição do Ministério Público no Novo Código de Processo Civil; aspectos da autorregulação do Ministério Público; além de uma análise dos ditos “negócios processuais”. No âmbito da relação do Direito com a realidade sociopolítica, são tratados os possíveis conflitos entre a liberdade de expressão e a ofensa à honra e à imagem; a relação entre masculinidades e feminilidades no Direito de Família e questões acerca do equilíbrio entre a livre iniciativa e o intervencionismo estatal. Completam a seção um exame da supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado e um estudo sobre o inadimplemento antecipado do contrato.

Em *Observatório Jurídico*, destacamos um artigo sobre a responsabilidade fiscal e as “pedaladas” e, em *Peças Processuais*, foram selecionados três pareceres: o primeiro analisa resolução do CNMP que regula a instauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público; o segundo exorta providências contra irregularidade na constituição e no funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública; o terceiro versa sobre a questão patrimonial afeta à fusão entre o Estado da Guanabara e o antigo Estado do Rio de Janeiro.

Para a seção *Jurisprudência*, foram selecionados seis acórdãos sobre importantes temas da atualidade, entre eles, destacam-se uma violação de direitos autorais na rede social Orkut, na qual foi determinada a responsabilidade civil do provedor, bem como uma decisão, fundamentada na Convenção de Haia sobre os Aspectos do Sequestro Internacional de crianças, acerca de caso em que uma mãe reteve indevidamente dois irmãos menores no Brasil. Em *Jurisprudência Internacional*, foi reproduzida a decisão do Caso Sétimo Garibaldi contra a República Federativa do Brasil, segundo a qual o Estado brasileiro descumpriu obrigação de investigar e de punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi por 20 pistoleiros, em

operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem terra ocupantes de fazenda no Município de Querência do Norte.

Com a presente edição, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro encerra o primeiro conjunto de quatro edições de sua nova linha editorial, na esperança de mais uma vez termos contribuído para a evolução do Direito brasileiro.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Importância da Criação de um Estatuto do Tráfico de Pessoas na Legislação Brasileira <i>Adolfo Borges Filho</i>	17
A Supressão do Recurso Criminal do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado: <i>Quando Ferrajoli si è Sbagliato</i> <i>Alexander Araujo de Souza</i>	29
Colisão de Direito: Liberdade de Expressão e Ofensa à Honra e à Imagem <i>Arion Sayão Romita</i>	53
Negócios Processuais – Neoprivatismo ou Democracia Processual? <i>Bruno de Sá Barcelos Cavaco</i>	77
Livre Iniciativa e Estado: em Busca do Equilíbrio Perfeito <i>Cláudia Turner P. Duarte</i>	111
A Nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas: Convergências e Divergências com a Lei de Improbidade Administrativa <i>Emerson Garcia</i>	141
Inadimplemento Antecipado do Contrato <i>Guilherme Magalhães Martins</i>	153
Autorregulação do Ministério Público <i>Paulo Wunder de Alencar</i>	179
Masculinidades e Feminilidades em Debate: Perspectivas Críticas para o Direito de Família <i>Rafaela Corrêa Rodrigues</i>	195
O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: Alguns Tópicos <i>Robson Renault Godinho</i>	227

Observatório Jurídico

Responsabilidade Fiscal e “Pedaladas” <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	267
--	-----

Peças Processuais

Pareceres

Parecer em processo administrativo. Análise da Resolução CNMP nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução CNMP nº 23/2007, que regula a restauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público. <i>Emerson Garcia</i>	273
---	-----

Parecer e Pedido de providências. Coordenadoria de Entidades do 3º Setor. Irregularidade na constituição e no funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP – RJ.
Luiz Fabião Guasque **285**

Parecer ministerial em processo judicial. Ação Rescisória fundamentada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil. Pleito rescindendo que se mostra infundado. A disciplina da Lei Complementar nº 20/1974 exauriu toda questão patrimonial afeta à fusão entre o Estado da Guanabara e o antigo Estado do Rio de Janeiro, sendo a partilha de bens efetivamente implementada por força da referida legislação complementar.
Nilo Augusto Francisco Suassuna **291**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

Constitucional. Administrativo. Concurso Público. Candidato Reprovado que Assumiu o Cargo por Força de Liminar. Superveniente Revogação da Medida. Retorno ao *Status Quo Ante*. “Teoria do Fato Consumado”, da Proteção da Confiança Legítima e da Segurança Jurídica. Inaplicabilidade. Recurso Provido. Recurso Extraordinário 608.482 – Rio Grande do Norte.
Sessão Plenária, 07-08-2014. **315**

Constitucional e Processual Civil. Ação Proposta contra o Conselho Nacional de Justiça. Art. 102, I, r, da Constituição. Interpretação Restrita da Competência Originária do Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na Ação Originária 1.679 – Distrito Federal.
Segunda Turma, 06-08-2014. **353**

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus. 2. Código de Trânsito Brasileiro. Direção sem Habilitação, Art. 309; e, Lesão Corporal, Art. 303. 3. Incidência do Princípio da Consunção. O Crime de Dirigir sem Habilitação é Absorvido pelo Delito de Lesão Corporal. 4. Precedentes de Ambas as Turmas. 5. Falta de Representação da Vítima. 6. Ordem Concedida para Restabelecer a Decisão de Primeiro Grau, que Rejeitou a Denúncia. *Habeas Corpus* 128.921 – Rio de Janeiro.
Segunda Turma, 25-08-2015. **365**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

Direito Civil e Processual Civil. Violação de Direitos Autorais. Rede Social. Orkut. Responsabilidade Civil do Provedor (Administrador). Inexistência, no Caso Concreto.

Estrutura da Rede e Comportamento do Provedor que Não Contribuíram para a Violação de Direitos Autorais. Responsabilidades Contributiva e Vicária. Não Aplicação. Inexistência de Danos que Possam ser Extraídos da Causa de Pedir. Obrigação de Fazer. Indicação de Url's. Necessidade. Apontamento dos Ip's. Obrigação do Provedor. *Astreintes*. Valor. Ajuste. Recurso Especial nº 1.512.647 – MG (2013/0162883-2).
Segunda Seção, 13-05-2015. **371**

Direito Internacional e Processual Civil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Dois Irmãos Menores Alegadamente Retidos de Modo Indevido pela Mãe no Brasil. Primogênito que já Completou 16 Anos. Não Incidência da Convenção. Manifestação do Irmão Menor que Contesta seu Retorno para o Domicílio Estrangeiro Paterno. Opinião Devidamente Considerada nos Termos dos Arts. 13 da Convenção de Haia e 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Manutenção dos Menores no Brasil. Recurso Especial da União Conhecido e Desprovido. Recurso Especial nº 1.214.408 – RJ (2010/0168011-0).
Primeira Turma, 23-06-2015. **401**

Jurisprudência Criminal

Penal e Processo Penal. Conflito de Competência. 1. Crime de Estelionato. Consumação com a Obtenção da Vantagem Ilícita. Depósito em Conta Corrente. Competência do Local em que Situada a Agência. Conflito de Competência nº 139.800 – MG (2015/0091088-0).
Terceira Seção, 24-06-2015. **409**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **417**

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Caso Sétimo Garibaldi contra a República Federativa do Brasil **419**

Noticiário

Dia Nacional do Ministério Público é Celebrado com Homenagens **471**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **473**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A Importância da Criação de um Estatuto do Tráfico de Pessoas na Legislação Brasileira

Adolfo Borges Filho*

1. Introdução. 2. Primeiro Tópico: a evolução da legislação internacional acerca do tema *tráfico de pessoas* [...]. 2. Segundo Tópico: A Legislação Brasileira sobre o Tema. I – DA PREVENÇÃO (Criminalização de Condutas). II – DA PERSECUÇÃO (repressão aos crimes). III – Da Proteção às Vítimas (Investimento Prioritário do Estado nos Direitos Humanos Fundamentais). 3. Conclusão.

Introdução

Este singelo artigo resulta da palestra que proferi, a convite do Centro Loyola de Fé e Cultura, no auditório da Arquidiocese do Rio de Janeiro, pouco tempo depois do lançamento da Campanha da Fraternidade da CNBB de 2014, cujo tema foi o *Tráfico de Pessoas*. Coube-me, naquele evento, abordar a questão sob a ótica jurídica e, partindo do lema *Conscientizar para Combater*, tive um *insight* que reputo providencial, em termos de conteúdo desta conscientização, no âmbito da legislação brasileira: a importância da criação do *Estatuto do Tráfico de Pessoas* que consolidaria, num único diploma legal, todas as modalidades do tráfico humano, tipificando os ilícitos penais e apresentando regras de prevenção desses crimes e de proteção as suas vítimas.

A Convenção de Palermo de 2000 foi um grande marco internacional para que o assunto tomasse o vulto que merecia no cenário das nações, traçando medidas preventivas, punitivas e protetivas às pessoas das vítimas. O Brasil ratificou a Convenção, mas a nossa legislação infraconstitucional se espalhou por diplomas diversos, concentrando-se, principalmente, no Código Penal e avançando em leis extravagantes, deixando de frisar a expressão “tráfico” como denominadora comum das diversas modalidades de tráfico humano.

Relevante ressaltar, também, que a matéria não é exclusiva do Direito Penal, adentrando a área multidisciplinar dos direitos humanos que, no Estado democrático, integram a Constituição como direitos impostergáveis, como cláusulas pétreas irremovíveis. *Direitos humanos* é expressão que engloba direito à educação, direito à saúde, direito à moradia, direito a julgamentos dignos. Essa responsabilidade com o *Outro* é muito mais abrangente e significa, na verdade, *amor ao próximo*. Nos dizeres do grande filósofo Emmanuel Lévinas (defensor da Ética da Alteridade):

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto do Departamento de Direito da PUC-RJ e pós-graduado em “Filosofia e Existência” pela UCB.

A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo, amor sem Eros, caridade, amor em que o momento ético domina o momento passional, amor sem concupiscência. Não gosto muito da palavra amor, que está gasta e adulterada. Falemos duma assunção do destino de outrem.

Daí a importância da criação de um “Estatuto do Tráfico de Pessoas”, de conteúdo multidisciplinar, englobando todas as modalidades de tráfico humano.

Primeiro Tópico: A Evolução da Legislação Internacional acerca do Tema *Tráfico de Pessoas* tem Início com a Repressão ao *Tráfico de Negros* e, no Decorrer do Tempo, a Preocupação com a “Coisificação” do Ser Humano, em Geral, Vai se Alargando, em Termos de Modalidades de Tráfico até Chegarmos, já com a Existência da ONU, à Convenção de Palermo, em 2000.

O Tratado de Paris entre Inglaterra e França (1814) regulou, pela primeira vez na história, o *tráfico de negros*, objeto de comércio para a *escravidão*. Abrindo-se um parêntese, o grande holocausto da história brasileira foi, a nosso sentir, a escravatura que só veio a ser abolida oficialmente em 13 de maio de 1888.

Mais adiante na história mundial, surge a Convenção firmada pela Sociedade das Nações em 1926 e ratificada, posteriormente, pela ONU em 1953.

Segundo aquela Convenção o tráfico de escravos “compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou câmbio de um escravo, adquirido para vendê-lo ou trocá-lo, e em geral todo ato de comércio ou de transporte de escravos”.

Observe-se que a “coisificação” ou “objetificação” do ser humano já se destacava nessas definições, tanto assim que a escravidão é definida como sendo o “estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercitam os atributos do direito de propriedade ou de alguns deles”.

Paralelamente a essa preocupação com a escravidão, surge a necessidade de se combater o *tráfico de mulheres brancas para a prostituição*. A Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, no seu artigo “Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo”, faz um resumo dessa evolução:

À preocupação inicial com o tráfico de negros da África, para exploração laboral, agregou-se a do tráfico de mulheres brancas, para prostituição. Em 1904, é firmado em Paris o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, no ano seguinte convocado em Convenção. Durante as três décadas seguintes foram assinados: a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910),

a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949).

Esta sucessão histórica pode ser dividida em duas fases: antes e depois da Convenção de 1949, ou seja, no contexto da Liga das Nações e no âmbito da ONU, com expressa anulação e substituição das normas anteriores.

De fato. Partindo-se para a Convenção de 1949, percebe-se que ela adentrou, de forma mais explícita, o âmbito dos *direitos humanos*, ressaltando a *dignidade da pessoa humana, deixando claro que a vítima pode ser qualquer pessoa, independentemente de sexo e idade.*

O artigo 1º da Convenção de 1949 reza que as Partes se comprometem em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem: “aliciar, induzir ou descaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento” bem como “explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento”. E o artigo 2º especifica as condutas de “manter, dirigir, ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para esse financiamento; de dar ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel ou outro local, para fins de prostituição de outrem.”

A preocupação internacional com o tráfico de pessoas foi se tornando cada vez mais acirrada e já se constatava não ser apenas a *exploração sexual*, principalmente relacionada à mulher, como sendo o objetivo fulcral da proteção.

Passo importante, também, foi a elaboração do *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, em 1998, promulgado, aqui no Brasil, pelo Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

O artigo 7º do Estatuto tipifica os *crimes contra a humanidade*, destacando-se a *escravidão*, entendendo-se, como tal, “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças”.

Segue-se, então, a deliberação da Assembleia Geral da ONU no sentido de se criar um comitê intergovernamental para a feitura de uma convenção global contra o crime organizado a nível transnacional, buscando-se mecanismos que possibilitassem o tratamento concomitante de todas as espécies relativas ao tráfico

de pessoas, mormente o tráfico de mulheres e de crianças. O comitê propôs, depois de muito debate, ocorrido no ano de 1999, uma convenção que acabou sendo aprovada e conhecida como *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000)*.

A *Convenção de Palermo* passou a ser o grande divisor de águas nessa espinhosa questão do TRÁFICO DE PESSOAS. Na verdade, ela se constitui num marco internacional que engloba, no seu âmbito, três providências:

A primeira é a *PREVENÇÃO*: a própria descrição das práticas delituosas constante do texto já é uma forma de conscientizar potenciais infratores e potenciais vítimas para as consequências danosas acarretadas pelo tráfico. No que tange ao infrator, a punição severa; e, quanto à potencial vítima, o temor de que a submissão ao tráfico poderá levá-la à morte. *Prevenção*, também, no sentido de que serviu de impulso para que os países ajustassem a sua legislação, a fim de compatibilizá-las com os termos da Convenção.

A segunda providência é a *PERSECUÇÃO* (*prosecution*, em inglês), abrangendo a fase investigatória e a fase judicial propriamente dita, entrando em cena a denominada *organização criminosa* ou *crime organizado*. Sim, porque o tráfico, seja interno, seja internacional, demanda uma estrutura especializada tanto do lado dos infratores como do lado da polícia e do Ministério Público.

A terceira é a *PROTEÇÃO* que deve ser dada às vítimas desses crimes hediondos.

Pomos em relevo alguns artigos da *Convenção de Palermo*:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou

serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea *a* do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea *a*;

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea *a* do presente Artigo;

d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Artigo 5

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente.

Artigo 6

Assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas

1. Nos casos em que se considere apropriado e na medida em que seja permitido pelo seu direito interno, cada Estado Parte protegerá a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, entre outras (ou *inter alia*), a confidencialidade dos procedimentos judiciais relativos a esse tráfico.

.....

3. Cada Estado Parte terá em consideração a aplicação de medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, se for caso disso, em cooperação com organizações não governamentais, outras organizações competentes e outros elementos de sociedade civil e, em especial, o fornecimento de:

a) Alojamento adequado;

b) Aconselhamento e informação, especialmente quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, numa língua que compreendam;

c) Assistência médica, psicológica e material; e

d) Oportunidades de emprego, educação e formação.

No Brasil, o Presidente da República, usando das atribuições conferidas pelo artigo 84, IV, da CF promulgou, através do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004 o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Prevenção do Tráfico de Pessoas em especial Mulheres e Crianças.

Segundo Tópico: A Legislação Brasileira sobre o Tema

A Convenção de Palermo acabou impulsionando, ainda que parcimoniosamente, no Brasil, o aperfeiçoamento de dispositivos penais que se compatibilizassem com as espécies de *tráfico de pessoas*.

I – DA PREVENÇÃO (Criminalização de Condutas)

No Código Penal Brasileiro, o legislador tratou dos seguintes delitos:

TRÁFICO PARA A EXPLORAÇÃO SEXUAL:

O artigo 231 trata do *Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual*:

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

E o artigo 231-A, do *Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual*:

Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O legislador repete, com os mesmos termos, o que consta dos parágrafos 2º e 3º do artigo anterior.

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO (ou trabalho escravo):

No tocante ao *trabalho escravo*, ocorreu, recentemente, importantíssima modificação do artigo 243 da Constituição Federal, com a entrada em vigor da EC 81/2004:

Art. 243 As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (grifamos).

O que poderá atrasar a aplicação – que deveria ser imediata – desse dispositivo constitucional, no tocante ao *trabalho escravo*, é a necessidade de normatização infraconstitucional, como se pode observar com o uso da expressão “na forma da lei”. *Si et in quantum*, em termos de ilícitos penais, constam do Código Penal pátrio, os seguintes:

O artigo 149 tipifica o delito de *Redução a condição análoga a de escravo*:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Parece-nos, a princípio, que o conceito de *trabalho escravo* está bem delineado neste dispositivo penal acima transcrito, fato que dispensaria a expressão “na forma da lei” que o artigo 243 recém alterado da CF/1988 acrescentou.

O Código Penal abriga, também, dois outros artigos que dizem respeito ao *trabalhador*. O artigo 206 trata do *Aliciamento para fim de emigração* e o artigo 207, do *Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional*, estabelecendo penas de pequena duração.

No que tange ao TRÁFICO DE CRIANÇAS:

O *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069/1990), conhecido como *ECA*, dispõe no seu artigo 239 que é crime “promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”. E a pena é agravada “se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude”.

E, no que diz respeito ao TRÁFICO DE ÓRGÃOS:

A Lei nº 9.434/1997 dispõe sobre “a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”. E os artigos 14, 15 e 16 definem as condutas criminosas relacionadas à *remoção, compra e venda e transplante de órgãos*.

Dessume-se, dos ilícitos penais elencados acima, que a expressão “tráfico” só aparece, de forma explícita, na modalidade de “exploração sexual”.

II – Da Persecução (Repressão aos Crimes)

Faz-se mister observar que a prática desses crimes envolve, na grande maioria das vezes, um grupo organizado de indivíduos que acabam dando ensejo

à figura do *crime organizado*. Daí a legislação ter criado, com base também na prática internacional, leis extravagantes que tipificam essas condutas coletivas e traçam procedimentos que devem ser utilizados pelos órgãos de investigação, para apuração e processamento dos ilícitos cometidos.

Hoje, no Brasil, temos uma lei bem recente, que é a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a qual define “organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”.

No artigo 1º, mais precisamente no seu parágrafo 1º, está dito que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§2º Esta Lei se aplica também:

I – Às infrações penais previstas em tratados ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

No tocante à investigação e meios de prova, tem-se a *colaboração premiada* (art. 4º), a *ação controlada* – ou retardamento do estado de flagrância – (art. 8º) e a *infiltração de agentes* (art. 10).

Interessante notar que o artigo 2º desse mesmo diploma legal trata de crime conexo, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

III – Da Proteção às Vítimas (Investimento Prioritário do Estado nos Direitos Humanos Fundamentais)

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 4º, estatui que:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos.

O tema de que ora tratamos está intimamente ligado aos *direitos humanos*. E, na própria Carta Magna, vamos encontrar, no título que trata “dos direitos e garantias fundamentais”, mais precisamente no artigo 5º, dispositivos como:

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A nossa Constituição de 1988, também conhecida como *Constituição Cidadã*, destaca, de forma expressa e bastante clara, a importância da EDUCAÇÃO (artigo 205), da ASSISTÊNCIA SOCIAL (artigo 203), da SAÚDE (artigo 196) estatuindo e enfatizando, no seu artigo 227, que

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

A relevância da criação do *Estatuto do Tráfico de Pessoas* deriva, portanto, da própria *Convenção de Palermo*, seja no tocante à tipificação dos delitos e de sua repressão, seja no que diz respeito à prevenção e às medidas protetivas a serem propiciadas às vítimas dos delitos. Na verdade, quanto à tipificação dos delitos, seria interessante que fosse adotada, na legislação brasileira, a expressão “tráfico” em todas as modalidades de comércio de pessoas, como já acontece com o tratamento dado ao *tráfico internacional e nacional para fins de exploração sexual*. A parte investigatória e judicial da repressão pode ser apenas indicada no bojo do Estatuto, fazendo-se remissão à lei extravagante já existente. E, finalmente, no âmbito da *proteção* às vítimas, além do que está preconizado no bojo da *Convenção de Palermo*, seriam apontados os dispositivos constitucionais que mencionamos acima como princípios norteadores dessa *proteção*.

Conclusão: Ação: “Conscientizar para Combater”. A Ética como Princípio Fundamental da Justiça Social.

O *princípio ético* deve se constituir como cláusula pétrea gravada na subjetividade de todos os personagens que compõem a vida pública do país. De nada vale uma ordem jurídica teoricamente estabelecida se aqueles incumbidos de aplicá-la não estiverem atentos à *ética* como paradigma maior de conduta seja atuando no poder executivo, judiciário ou legislativo. O *Outro* não se reduz a

um único indivíduo mas representa, numa visão abrangente, toda a sociedade. E justamente essa *Responsabilidade pelo Outro*, como tão bem realçada por Lévinas, seja como indivíduo, seja como sociedade, é que constituirá a base para uma nova concepção de *Justiça Social*. Entra em cena, obrigatoriamente, o *sentimento de bondade* que cada ser humano deve cultivar em relação ao seu próximo. Na verdade, é essa bondade que faz brotar naturalmente o desejo de justiça que acaba se espalhando e contaminando todo o corpo social. A visão é aparentemente utópica e parece exemplificar uma típica produção do imaginário. Entretanto, não se pode negar a existência concreta desse sentimento de bondade na vida real de inúmeros sujeitos em situações diversas de seu cotidiano. Ora, se essa bondade é detectável, ela existe no mundo real e, uma vez conscientizada como potencial de justiça, o ideal de humanidade pode ser alcançado.

Na Constituição Pastoral "*Gaudium et Spes*" vamos encontrar, no seu item 16, o conceito de *Dignidade da consciência moral*:

16. No fundo da própria consciência, o homem descobre uma lei que não se impõe a si mesmo, mas à qual deve obedecer; essa voz, que sempre o está a chamar ao amor do bem e fuga do mal, soa no momento oportuno, na intimidade do seu coração: faz isto, evita aquilo. O homem tem no coração uma lei escrita pelo próprio Deus; a sua dignidade está em obedecer-lhe, e por ela é que será julgado(9). A consciência é o centro mais secreto e o santuário do homem, no qual se encontra a sós com Deus, cuja voz se faz ouvir na intimidade do seu ser (10). Graças à consciência, revela-se de modo admirável aquela lei que se realiza no amor de Deus e do próximo (11). Pela fidelidade à voz da consciência, os cristãos estão unidos aos demais homens, no dever de buscar a verdade e de nela resolver tantos problemas morais que surgem na vida individual e social. Quanto mais, portanto, prevalecer a recta consciência, tanto mais as pessoas e os grupos estarão longe da arbitrariedade cega e procurarão conformar-se com as normas objectivas da moralidade. Não raro, porém, acontece que a consciência erra, por ignorância invencível, sem por isso perder a própria dignidade. Outro tanto não se pode dizer quando o homem se descuida de procurar a verdade e o bem e quando a consciência se vai progressivamente cegando, com o hábito do pecado.

Entraria, em cena, também, como conteúdo desta conscientização, mais precisamente no âmbito dos *direitos humanos*, o próprio *Estatuto do Tráfico de Pessoas*, preconizado nas linhas acima. A existência de um diploma legal único pode representar um arquétipo psicológico de amplo espectro, em termos sociais, graças

à sua projeção prática em termos de destaque e de importância que ele outorga ao tema. A iniciativa popular, tanto no sentido amplo, como no sentido estrito do termo (*emanação constitucional da soberania popular*), será de grande valia para que essa ideia tome forma e se expanda até que os Poderes da República se sensibilizem e adotem a sugestão apresentada neste artigo.

A Supressão do Recurso Criminal do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado: *Quando Ferrajoli si è Sbagliato*

Alexander Araujo de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. A Impossibilidade de o Ministério Público Recorrer em Caso de Absolvição do Acusado nos Países de Tradição Anglo-saxônica. 3. Recentes Hipóteses de Supressão do Recurso do Ministério Público em Países de Tradição Romano-germânica. 4. A Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado na Doutrina de Luigi Ferrajoli: Garantismo e (Dis)paridade de Armas? 5. A Impossibilidade de Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado no Ordenamento Brasileiro: o *Parquet* como Parte Imparcial no Processo Penal.

1. Introdução

Na tradição jurídica romano-germânica, os recursos sempre se consubstanciaram em expedientes criados para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. Assim, desde tempos remotos, criaram-se recursos com o intento de se buscar, na medida do possível, a conformidade da solução judicial ao direito. Na seara criminal nunca foi diferente, sendo os recursos considerados remédios impugnativos colocados à disposição de ambas as partes da relação processual penal (e, por vezes, do ofendido) com vistas à correção das sentenças. Este sempre foi o entendimento predominante, tanto na doutrina pátria¹ quanto em grande parte da doutrina dos países de tradição romano-germânica².

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Direito Penal pela *Università degli Studi Roma Tre*.

¹ Veja-se, neste sentido, entre muitos, F. da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, Volume 4, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 294; E. Espínola Filho, *Código de processo penal brasileiro anotado*, Volume VI, Campinas: Bookseller, 2000, p. 32; J. Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Volume IV, reed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 181; A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 31; R. Pires de Campos Barros, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 357; H. Tornaghi, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 321.

² Igualmente, na doutrina italiana, entre tantos, vide F. Cordero, *Procedura penale*, 6ª ed., Milano: Giuffrè, 2001, p. 1072-1073; A. Cristiani, *Manuale del nuovo processo penale*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 1991, p. 455; P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 406-408. Igualmente, na doutrina alemã, H. Artkämper; G. Herrmann; C. Jakobs; H. Kruse, *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*, Münster: ZAP, 2008, p. 348-352. No mesmo sentido, na doutrina francesa, vide F. Fourment, *Procédure pénale*, 6ª ed., Paris: Paradigme, 2005, p. 291. Na doutrina espanhola, considerando o recurso como "*derecho de todas las partes*", veja-se J. Montero Aroca, *Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso*

Desta maneira, o título do presente trabalho pode parecer um delírio do autor, ou mesmo uma hipótese acadêmica desvestida de importância prática e completamente distante de nossa realidade. Modernamente, contudo, mesmo nos sistemas processuais de tradição romano-germânica começam a aparecer teorias contestando a possibilidade de o órgão do Ministério Público interpor recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição. Até mesmo o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, sustenta a supressão do recurso do Ministério Público no caso de improcedência do pedido de condenação. Esta concepção impeditiva do recurso do *Parquet* nos casos de absolvição do acusado, porém, é a regra nos ordenamentos de tradição jurídica anglo-saxônica, onde a sistemática processual – inclusive quanto aos recursos –, bem como a função e a legitimidade do Ministério Público, são bastante distintas de seus correspondentes nos ordenamentos de tradição romano-germânica. Em alguns países desta tradição jurídica, contudo, a temática alcançou também o plano legislativo, e países como a Itália e a França levaram a efeito reformas processuais que limitaram ou suprimiram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do imputado.

Diante de tais posicionamentos doutrinários e iniciativas legislativas, o presente estudo pretende analisar os fundamentos da referida tese, inclusive à luz da teoria do garantismo penal, bem como o papel do Ministério Público nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com especial ênfase no ordenamento brasileiro.

2. A Impossibilidade de o Ministério Público Recorrer em Caso de Absolvição do Acusado nos Países de Tradição Anglo-saxônica

Não é novidade a afirmativa de que a evolução do processo penal nos países de tradição anglo-saxônica se deu de maneira bastante diversa daquela ocorrida nos países de tradição romano-germânica, especialmente nos da Europa continental³. Nestes últimos, o processo penal da idade imperial romana – onde a *accusatio* se transformou em uma espécie de ação de iniciativa privada ajuizada pelo lesado, desnaturando o princípio que vigia durante o período republicano romano, segundo o qual a ação podia ser ajuizada *quivis ex populo*⁴ – foi sucedido

penal, in: *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 4, Madrid: Ministerio de Justicia, 1997, p. 74. Em Portugal, no mesmo sentido, veja-se, por todos, G. Marques da Silva, *Curso de processo penal*, III, Lisboa: Verbo, 1994, p. 302-303; na doutrina argentina, veja-se igualmente J. A. Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 283.

³ Sobre a evolução do processo penal inglês, vide: A. Ashworth; M. Redmayne, *The criminal process*, third edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 01-16; J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, Paris: PUF, 1998; E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino: Giappichelli, 2009. Sobre o tema, na doutrina brasileira, veja-se J. C. Barbosa Moreira, Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos, in: *Temas de direito processual*, Sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155 s.; O processo penal norte-americano e sua influência, in: *Temas de direito processual*, Oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 223 s.

⁴ Neste sentido, F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari: Edizioni AV, 1996, p. 107; S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 150-151.

pelo processo de tipo inquisitório e, somente após um longo progresso, passando pela reação iluminista e pelo advento do *Code d'instruction criminelle* de 1808 – o qual, por um lado, instituiu o sistema misto, mas, por outro, confiou o direito de ação penal ao *Procureur*⁵ –, a acusatoriedade pública começou a despertar e, com várias vicissitudes, a se desenvolver. Também nestes ordenamentos, a instituição do Ministério Público, que surgiu na França no início do século XIV, expandiu-se já a partir do século XV por vários Estados absolutos (com nos Estados germânicos, com as figuras do *Pfleger*, do *Amtmann*, do *Vogt*, do *Malefizprokurator*⁶ e do *Fiskalat*⁷, nos Países Baixos, com a figura do *Baiulo*⁸, na península italiana, com os *Conservatori delle leggi* de Florença e os *Avogadori del Comune* da República de Veneza⁹, com os *Procuradores Fiscales* na Espanha e com os *Procuradores do Rei* em Portugal), consolidando-se como arquétipo de acusação pública no processo penal, sobretudo após o advento do já mencionado *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Já nos países de tradição do *common law*, atualmente, parece haver consenso quanto à natureza pública da acusação¹⁰. Nem sempre, contudo, foi assim. Na Inglaterra, desde a baixa Idade Média, a acusação privada sempre foi considerada

⁵ O art. 241 do *Code d'instruction criminelle* de 1808 dispunha: “*Dans tous le cas où l prévenu sera renvoyé à la cour d’assises ou à la cour spéciale, le procureur général sera tenu de rédiger un acte d’accusation. L’acte d’accusation exposera, 1º la nature du délit qui forme la base de l’accusation; 2º le fait et toutes le circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine: le prévenu y sera dénommé et clairement désigné. L’acte d’accusation sera terminé par le résumé suivant: En conséquence, N ... est accusé d’avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec telle et telle circonstance.*”.

⁶ Com relação ao reinos germânicos, afirma G. Bartolotto: “*La tendenza all’istituzione d’un Ministero Pubblico si riscontra anche in Germania attorno al XV secolo. Il duca Luigi di Baviera ordinava nell’anno 1474 che, se alcun privato avesse voluto spontaneamente assumere l’accusa d’un delinquente, questa fosse affidata a un funzionario speciale (Pfleger). Nel 1513 il duca Guglielmo di Baviera fissò il suo procuratore (Amtmann) a Perlach, come pure, già nel 1456, i conti del Württemberg avevano incaricato degli affari penali il loro intendente (Vogt) di Goppinga. Ad Anspach e Bayreuth, nel 1566, un ufficiale del principe ebbe i caratteri e le funzioni del Pubblico Ministero; a Monaco era pubblico accusatore, nel 1577, il podestà, e nel Palatinato, nel 1610, era stato istituito un Malefizprokurator.*” (*Ministero Pubblico – materia penale, in: Il Digesto italiano, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 535*).

⁷ Sobre a figura do *Fiskalat*, veja-se G. Keller, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft, Wien: Wilhelm Braumüller, 1866, p. 9-11*.

⁸ Segundo G. Bartolotto, os “*bauli*” eram procuradores “*incaricati della rappresentanza del sovrano, della sorveglianza sugli interessi, sull’osservanza delle leggi e sulla regolarità delle procedure, provvedendo essi stessi a sottoporre a giudizio chi fosse risultato reo di qualche trasgressione.*” (*Ministero Pubblico – materia penale, cit., p. 535*).

⁹ A respeito das funções dos *Avogadori del Commune*, uma ordenação do *Maggior Consiglio*, do ano de 1530, estabelecia: “*L’anderà parte che, salva e riservata in reliquis l’autorità degli avogadori di Commun et salve e riservata però sempre le lezze, e ordini nostri disponenti circa li casi e di non poter esser suspesi ò intromessi, de caetero li Avogadori nostri non debbino, né possino per alcun modo e via, né sotto alcun color impedirscie in voler veder, né altramente alterar ove suspender la formation d’alcun processo, così dentro come fuori, che per li Rettori, et Judicenti, nostri vengono formati, fin che non saranno chiamati li rei a difesa: Mà proclamati che saranno essi rei, possino li avogadori, quando saranno ricercati per giustizia, mandar a tuor detti processi, per veder se in quelli saranno state osservate le leggi e statuti sopra ciò disponesti. Et si li rei saranno carcerati, possino essi avogadori, mandar a tuor essi processi, se ben non saranno forniti (se li parerà) per veder quelli. Ne essi Rettori o Judicenti debbino, ò sieno tenuti, contro li Ordeni predetti obbedir a detti Avogadori.*” (A. Sabini, *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Veneza: Antonio Pinelli, 1751, p. 29).

¹⁰ Como afirma L. Ferrajoli, os ordenamentos anglo-saxões terminaram “*per affidare l’esercizio dell’azione penale ad organi sostanzialmente pubblici (il Director of Public Prosecutions e l’Attorney General), sia pure in concorrenza con forme più o meno residuali di azione popolare. Ma in nessun caso fu mai rimesso in discussione il principio della publicità dell’azione.*” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, 8ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 580*).

como um atributo da cidadania. Somente com a criação do *Crown Prosecution Service*, em 1985, reconheceu-se a este órgão a atribuição para preparar e conduzir a acusação¹¹. Até então, não existia uma figura similar àquela do Ministério Público tal qual concebida, há séculos, na Europa continental¹². Abandonou-se, assim, a longa tradição¹³ de que a ação penal consistia em uma função própria do cidadão, e não do Estado¹⁴. Esta tradição, contudo, já se encontrava em contraste com uma prática, estabelecida desde a metade do século XIX, de se atribuir, de fato, o exercício da ação penal a expoentes das forças policiais¹⁵. O mesmo se verificou, ainda anteriormente, na Irlanda, quando em 1974 foi instituída a figura do *Director of Public Prosecution*¹⁶. Ainda no âmbito das ilhas britânicas, todavia, a Escócia constitui uma

¹¹ Sobre o tema, veja-se S. Buss, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2010. Na doutrina brasileira, veja-se A. M. Brito de Assis, Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales, in: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, abr./jun. 2014, p. 03 s.

¹² Explícito, neste sentido, S. Buss: "*Eine Verfolgungsbehörde vergleichbar der deutschen Staatsanwaltschaft existierte in England bis 1986 nicht.*" (*Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service*, cit., p. 21).

¹³ Eis a perspicaz observação de G. Bortolotto, formulada quase oito décadas antes da criação do *Crown prosecution service*: "*Il la Francesca osservava che l'esperienza quotidiana viene in Inghilterra dimostrando come le cose pubbliche non debbano essere governate mediante l'autorità privata, la quale raro è che non si muova per odio, amore o altre malvagie passioni. Molti delitti rimangono impuniti sol che si abbia oro e favori; e il brutto esempio dell'impunità accresce temerità e scandalo. Per tor via quei mali s'è ricorso al rimedio di ordinar appositi sodalizi di cittadini, o, com'oggi direbbonsi, associazioni, per aprir le vie dell'accusa. Ma pare che il rimedio abbia poco giovato, perché la corona, col discorso al Parlamento nazionale, convocato il 5 gennaio 1875, promise un progetto per introdurre il Pubblico Ministero, il che lascia vedere la nuova e mutata opinione, massime se si vuol considerare il potere e l'efficacia ch'ivi essa esercitata sull'Autorità governativa.*" (*Ministero Pubblico – materia penale*), in: *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino: UTET, 1904-1911, p. 558).

¹⁴ Neste sentido, R. C. Van Caenegem ressalta a transição pela qual passou o sistema inglês de persecução: "*Leaving the impleading of criminals to the uncertain and very risky initiative of private avengers was quite inadequate for the defence of public order and led, with the emergence of modern ideas about the state, to the replacement of the accusatorial by the inquisitorial procedure. Then, the prosecution of crime was entrusted to an official organ, proceeding ex officio, and purgatory oaths and ordeals were replaced by modern means of inquiry. This transition is a common European phenomenon and, without belittling the attempts of the Carolingian monarchy, it may safely be considered a product of the emergence, from the twelfth century onwards, of the centralised state. The English development is no exception to this general picture: we find a transition, beginning roughly in the twelfth century, from the archaic procedure of appeal, undertaken by a private plaintiff at his own risk and entailing archaic modes of proof, to a modernised procedure based on indictment under the aegis of the state and using rational models of inquiry. Nevertheless, the traditional English procedure contains some striking features of its own and none more so than the essential role played by the jury of presentment (later the grand jury) and the almost total absence, until very recent times, of the prosecution of crime by an individual official of the state, such as the continental procureur or advocate-fiscal. For eight centuries at least, from the Assize of Clarendon till the creation of the office of Director of Public Prosecutions in 1879 and the abolition of the grand jury in 1933, suspected criminals had to stand trial, not on the basis of a réquisitoire pronounced by an official of the state, but of an indictment pronounced by a jury of their fellow citizens.*" (R. C. Van Caenegem, *Public prosecutions of crime in twelfth-century England*, in *Legal history. A European perspective*, New York-Rio Grande: The Hambledon, 1991, p. 01-02).

¹⁵ Neste sentido, E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 122.

¹⁶ Relativamente ao direito penal irlandês, D. Balestrieri; C. Giraldi explicam como se dá atualmente o exercício da ação penal: "*L'avvio dell'azione penale è affidato, per i reati meno gravi (summary offences), ad autorità reposte alla tutela del pubblico interesse offeso dal reato: per esempio, gli appartenenti alla polizia (Garda Siochana) per i reati previsti dal Road Traffic Act 1961 e 1978, il Ministero del Lavoro o quello dell'Ambiente in materia, rispettivamente, previdenziale o di tutela ambientale. Per i reati più gravi (indictable offences), l'inizio del procedimento penale è invece nelle mani del Director of Public Prosecution (D.P.P.), il cui Ufficio è stato istituito con il Prosecution of Offences Act 1974, e che è organo indipendente con piena discrezionalità nel valutare l'opportunità, in nome del pubblico interesse, di avviare il procedimento penale. Il*

exceção digna de nota, pois neste país a ação penal foi tradicionalmente conferida ao *Lord advocate*¹⁷, sendo o *Parquet* francês adotado como modelo desde a segunda metade do século XVI¹⁸. Contudo, atualmente, o sistema processual inglês é, com algumas peculiaridades, muito próximo ao sistema escocês¹⁹. Já nos Estados Unidos da América, não obstante o sistema de *common law* introduzido pelo colonizador, a concepção segundo a qual a acusação deve ser pública sempre foi predominante²⁰.

Mas as diferenças relativas às citadas tradições jurídicas também se relacionam à instituição do Ministério Público, seja quanto à sua evolução, seja quanto à sua legitimidade. Em um contexto de um Ministério Público sem longa tradição no exercício da ação penal, como ocorre na Inglaterra, no País de Gales e

D.P.P. ha altresì la competenza generale ad esercitare l'azione penale per le summary offences." (Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi, Padova: Cedam, 2000, p. 09).

¹⁷ Quanto às diversidades entre os sistemas inglês e escocês, relativamente ao exercício da ação penal, sublinham A. Cadoppi; A. McCall Smith: "Mentre in Inghilterra tradizionalmente l'accusa era affidata ai privati o alla polizia, in Scozia per lunga tradizione è (eminentemente) pubblica ed è questa una caratteristica che avvicina per certi versi il modello processuale scozzese a quello continentale. L'azione penale spetta al Lord Advocate, figura appartenente al potere esecutivo, ed è totalmente discrezionale: caratteristiche che riportano la procedura penale scozzese, immediatamente, nel classico schema degli ordinamenti di common law. Anzi, nel sistema penale scozzese la pubblica accusa ha poteri smisurati: oltre a decidere discrezionalmente sull'azione penale, sceglie quale reato contestare, magari a seguito di patteggiamento con l'imputato (può, ad esempio, contestare a piacere il culpable homicide invece del murder, anche se il fatto commesso dall'imputato rientra solo nello schema del secondo, e non del primo reato); decide se affidare il caso alla district o alla sheriff court, decide se dar corso a procedura solenne o sommaria (anche se, quanto ai reati di legge scritta, taluni di essi sono perseguibili solo in via solenne, e certi altri solo in via sommaria; solo una terza classe è perseguibile nell'uno o nell'altro modo); può in ogni momento rinunciare all'accusa; e, curiosamente, una volta che è stato pronunciato il verdetto di condanna, può anche astenersi dal rimettere il caso al giudice per l'applicazione della pena, nel qual caso il condannato andrà, ovviamente, esenti da ogni sanzione penale." (Introduzione allo studio del diritto penale scozzese, Padova: Cedam, 1995, p. 35).

¹⁸ Neste sentido, a afirmação de J. Godard: "En ce qui concerne le Ministère public en Écosse, il a été importé de France vers 1560. Depuis, le système de poursuite en matière pénale a toujours été assuré par l'État, contrairement à celui de l'Angleterre." (L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais, in: *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, Paris, Dalloz, 2004, p. 74). No mesmo sentido, W. Reid, The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland, in: *Juridical review*, n° 10, London: 1965, p. 154-160.

¹⁹ Neste sentido são as observações de R. C. Van Caenegem: "Until quite recently there was a real chasm between the English and the continental (and Scottish) way of doing things. I say 'until quite recently' because here, as on so many points, the English legal system seems to be on the move: a Prosecution of Offences Act which should bring English practice closer to Scottish and continental models received Royal Assent on 23 May 1985, with the aim of establishing a Crown Prosecution Service in England and Wales. From the twelfth till the twentieth century the jury of indictment operated continuously in England, but in 1933 it was abolished. Its place was not taken by some continental-style crown-procurator, however, but instead a different and rather remarkable novelty was introduced, the Director of Public Prosecutions. He was indeed an official of the state, who had to decide, on the basis of material provided by the police, whether to prosecute or not – a role comparable to that of the procureur – but unlike the latter, he did not appear in court, did not plead there against the accused or request the latter's condemnation. This task was left to a barrister, an advocate who for a fee would undertake to plead for the crown against the accused just as on another day he might accept the defence of a suspect. Barristers were members of the bar and not state officials (although some might come to specialise in prosecution work). So much for the absence of a Ministère Public in England." (*Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*, New York: Cambridge University, 1987, p. 34-35).

²⁰ Neste sentido, as observações de A. Gasparini: "Il sistema tradizionale di common law, contrassegnato dalla natura privata dell'accusa, trasmigra nelle colonie americane, dove ben presto, tuttavia, si viene delineando la figura del public prosecutor. [...] È con l'indipendenza che si consolida quel sistema di pubblica accusa definito come 'un'invenzione del tutto originale e peculiare del modello processualpenalistico d'oltreoceano' che si conserverà pressoché inalterato fino ai giorni nostri." (Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale, in: R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 29-30).

na Irlanda, ou ainda com legitimação derivante do consenso popular, como ocorre nos Estados Unidos da América²¹ (onde os *prosecutors* são eleitos a nível estadual e buscam sempre o consenso de seus eleitores), avulta a parcialidade da atuação do Ministério Público, em detrimento de uma postulação isenta e que busca a correta aplicação da lei, diferentemente, portanto, do que ocorre na Europa continental.

Em linhas gerais, no processo penal dos ordenamentos de tradição anglo-saxônica, na quase totalidade dos casos o feito termina abreviadamente, em razão de negociações pré-processuais entre acusação e defesa (como nos Estados Unidos da América), ou mesmo pelo fato de esta última não poder escolher que o feito seja julgado pelo *jury* (como se verifica, por exemplo, na Escócia). Em razão disso, o percentual de causas que chega ao julgamento pelo *jury* é muito pequeno, chegando a percentagens inferiores a 5%²². Sendo, portanto, poucos os feitos que, de fato, são julgados pelo *jury*, tais sistemas processuais primam por conferir soberania aos veredictos dos jurados, de maneira a impedir que estas decisões venham a ser questionadas por intermédio de impugnações recursais levadas a efeito pela acusação em caso de absolvição. Some-se a isto o fato de os jurados não motivarem o veredicto, o que tornará ainda mais difícil a impugnação, em razão de não se ter conhecimento das razões que levaram os jurados a decidir pela absolvição. O mesmo não se verifica, contudo, em relação ao acusado condenado, pois a este se assegura sempre o direito de recorrer e de ser submetido a novo julgamento, onde o processo “recomeça” em segundo grau de jurisdição.

Na Inglaterra, por exemplo, o recurso (*appeal*) contra a condenação é um direito do acusado, consistindo cada grau de jurisdição em um “novo” processo, inclusive com reinquirição de testemunhas, desenvolvendo-se com a presunção de que a acusação tem o dever de provar novamente a culpabilidade do acusado²³. Contudo, em nome da soberania dos veredictos e em razão da regra do *double jeopardy* (princípio segundo o qual ninguém deve ser processado duas vezes pelo

²¹ Quanto ao tema da eletividade, afirma com precisão E. Amodio: “Ancora più illuminanti, per capire una realtà marcatamente diversa dalla nostra tradizione come quella del patteggiamento tra accusa e imputato (bargaining), sono i meccanismi di reclutamento e gli itinerari della carriera del public prosecutor. La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di conviction rate (percentuale delle condanne ottenute) che gli assicurano chances di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio.” (Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 193).

²² Neste sentido, a observação de H. Croall, G. Mooney, M. Munro: “Although a fully contested trial before a jury is the iconic image in the popular imagination of criminal justice, it is, in fact, statistically speaking a remarkably rare event. In common with other English-speaking countries, such fully contested jury trials in which prosecution and defence battle it out until the bitter end constitute less than 1 per cent of all cases prosecuted in court. Why is this? In Scotland there is no right for the defendant to choose to be tried by a jury and all such decisions are taken by prosecutors, often as a matter of discretion. Only around 3 per cent of cases prosecuted are decided (‘marked’) by prosecutors as jury-triable. As in other English-speaking countries, around 97 per cent of cases prosecute through the court are marked for ‘summary’ (non-jury trial) procedure and less than one tenth of these cases culminate in a fully contested trial.” (*Criminal justice in Scotland*, Oxon: Willan Publishing, 2010, p. 199). Relativamente à Inglaterra, afirma J. R. Spencer: “Dans le trial on indictment le jury n’est utilisé que dans le cas où l’accusé plaide non culpable, et au summary trial il ne l’est jamais. Il en résulte qu’actuellement le jury décide seulement des environ 2% des affaires” (*La procédure pénale anglaise*, cit., p. 17).

²³ Assim, J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, cit., p. 103.

mesmo fato), limita-se terminantemente a possibilidade de recurso do *Crown prosecution service* em caso de absolvição, o que, porém, sempre despertou críticas da doutrina especializada²⁴. Tentou-se atenuar tal situação (que não foi eliminada por completo), após a reforma de 1996 e, mais recentemente, com o *Criminal Justice Act* de 2003, admitindo-se o recurso do *Crown prosecution service* para os casos específicos (e raros) de surgimento de novas evidências de culpa após o *trial*²⁵.

Sistemática semelhante se verifica nos Estados Unidos da América, onde uma das características do sistema processual se consubstancia igualmente na assimetria entre acusação e defesa relativamente ao manejo dos recursos. O imputado, já condenado em primeiro grau de jurisdição, pode recorrer por mais de uma maneira. O mesmo, contudo, não se verifica em relação à acusação, não podendo o *public prosecutor* recorrer da absolvição, tampouco interpor recurso adesivo quando o acusado recorra, em caso de condenação. Cuida-se igualmente da regra do *double jeopardy*, consagrado na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos: “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”. Argumenta-se, ainda, que tal assimetria se justifica em razão da enorme gama de poderes colocados à disposição da acusação para não iniciar o processo, bem como dos mecanismos ligados à discricionariedade da ação penal²⁶. Em tal sistema visa-se também assegurar a soberania dos veredictos dos jurados e prevenir os acusados das retorsões ou represálias da acusação²⁷, a qual, como já assinalado, não é considerada imparcial.

²⁴ Criticando expressamente a ausência de recurso por parte da acusação, afirma: J. R. Spencer: “*Dès l’origine cette organisation présente un ensemble d’inconvénients, qui en grande partie existent toujours. L’absence de tout recours de la part de l’accusation constituait un problème.*” (*La procédure pénale anglaise, cit.*, p. 104).

²⁵ Observam, neste sentido, A. Ashworth; M. Redmayne: “*From the Crown Court as a court of first instance, a defendant is able to appeal against a finding of guilt on grounds of either fact or law. Appeal is to the Court of Appeal, from where either party may appeal to the House of Lords. The prosecution has fewer appeal rights. Since 1987, it has been able to appeal certain pre-trial rulings to the Court of Appeal; this jurisdiction was originally confined to serious fraud cases, but was enlarged in 1996 to include all lengthy or complex cases. [...] Until recently, the situation was that the prosecution was not able to appeal against an acquittal in the Crown Court. One (so far unused) exception to this rule was introduced in 1996, when the prosecution was given the power to challenge an acquittal that was tainted by, for example, threats of violence to jurors or witnesses. The Criminal Justice Act 2003 takes things further, allowing appeals against acquittals in serious cases where significant new evidence of guilt emerges after the trial. With both these exceptions to the ‘double jeopardy’ principle there is a fairly complex process designed to ensure that an acquittal is not too easily challenged.*” (*The criminal process, cit.*, p. 339).

²⁶ Como bem explica M. Deganello, “*il public prosecutor, oltre a non poter contrastare un esito assolutorio – che pertanto risulta intangibile – è inibito dall’unire il proprio ricorso a quello dell’imputato, ovviamente al fine contrapposto di ottenere un aggravio di pena, nei confronti di una sentenza di condanna. Cionondimeno, egli è affidatario di un ricco patrimonio volto a bilanciare ex ante la denunciata sperequazione: si pensi al massiccio investimento sulle cosiddette ‘antiprocedure’ ovvero ai meccanismi discretivi di esercizio dell’azione penale.*” (Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, in: R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 103).

²⁷ Neste sentido, M. Deganello: “*A differenza di quel che accade nel nostro ordinamento, laddove l’improcedibilità per un secondo giudizio opera, indipendentemente dalla formula decisoria, allorché la ‘cosa giudicata’ rivesta natura irrevocabile (v. art. 648 e 649 C.P.P.), oltreoceano il fattore determinante riposa nel fatto che i giurati popolari si siano disposti per l’assoluzione [cfr., però, U.S. v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)]. Da un lato allora si tende a suscitare un vincolo di ‘finalità’ del provvedimento impugnabile e del relativo accertamento onde circoscrivere situazioni di eterno giudizio, dall’altro si mira a tutelare la presunzione di correttezza dell’operato del ‘tribunale dei pari’ per preservare l’accusato da re-prosecutions ritorsive e/o vendicative.*” (Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, cit., p. 103).

3. Recentes Hipóteses de Supressão do Recurso do Ministério Público em Países de Tradição Romano-germânica

Como já se acenou anteriormente, apesar da longa tradição do Ministério Público no tocante ao exercício da ação penal nos ordenamentos de tradição romano-germânica, bem como o fato de a legitimação de referida instituição se vincular à aplicação imparcial da lei – e não ao consenso eleitoral –, sendo os recursos tradicionalmente considerados remédios utilizados por ambas as partes da relação processual com vistas à correção das sentenças, parcela da doutrina, sobretudo na Itália, começa a sustentar que se deve abolir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau²⁸. Os fundamentos invocados para sustentar tal tese circunscrevem-se, em regra, ao fato de convenções internacionais – como, por exemplo, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 – terem assegurado aos acusados o direito de ver confirmada sua condenação por um tribunal superior²⁹, bem como a tentativas de importação do paradigma vigente nos países de tradição anglo-saxônica (a regra do *double jeopardy*), sobretudo em razão da influência exercida na Itália pelo processo penal norte-americano³⁰.

Referida tese, contudo, alcançou o plano legislativo, e países como a Itália e a França procederam a reformas processuais (no caso da Itália, como se verá adiante, cuidou-se de uma tentativa frustrada) que limitaram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Na Itália, em 2006, foi promulgada a chamada *Legge Pecorella* (Lei nº 46, de 20.02.2006, que traz o seu epíteto do nome de seu principal inspirador, Gaetano Pecorella), a qual, modificando o *Codice di procedura penale* (art. 593) impediu o Ministério Público de apelar contra sentenças de absolvição prolatadas em primeiro grau de jurisdição³¹. Tal lei, considerada por muitos como uma “lei encomendada” ou “de caráter pessoal”, pois aprovada pela coalizão liderada pelo então primeiro-ministro Silvio Berlusconi – que respondia a várias acusações penais na justiça

²⁸ Na doutrina italiana, sustentando a impossibilidade de o Ministério Público recorrer da sentença de absolvição de primeiro grau de jurisdição, vide: F. Coppi, *No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, p. 30; F. R. Dinacci, *Impugnazioni e ragionevole durata*, in AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 159; G. Spangher, *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in: *Corriere Giuridico*, nº 10, 2002, p. 1261 s.; T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in: *Cassazione penale*, 2003, p. 4023 s. N. Rossi, *Riformare “insieme” la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in: *Questione giustizia*, nº 5, 2005, p. 903-917.

²⁹ Neste sentido, afirma F. R. Dinacci: “Se il ‘doppio grado’ non risulta ricevere tutela, almeno in via diretta, in sede costituzionale risultando sufficiente il ricorso per Cassazione e se il diritto ad impugnare è estrinsecazione del diritto di difesa e non dell'obbligo di azione, nessuna lesione della garanzia costituzionale può intravedersi nell'abolire il diritto ad appellare del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento. La conclusione si pone in linea con le fonti pattizie che, si è visto, prevedono un diritto ad un riesame della decisione solo con riferimento alla figura del condannato.” (Impugnazioni e ragionevole durata, in: AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino: Giappichelli, 2009, p. 159).

³⁰ Sobre o tema, veja-se E. Amodio, *Miti e realtà della giustizia nordamericana*, cit., p. 179 s.

³¹ A Lei nº 46, de 20.02.2006, modificou o art. 593 do *Codice di procedura penale italiano*, o qual passou a dispor: “Art. 593. – (Casi di appello). – 1. Salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna.”.

italiana e pretendia que a referida reforma fosse utilizada em seu favor –, foi declarada inconstitucional pela Corte constitucional italiana (*sentenza* nº 26, de 06 de fevereiro de 2007), a qual entendeu que a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado afronta expressamente o princípio de paridade de armas estabelecido no art. 111, 2, da Constituição italiana³².

Outro exemplo digno de nota foi o que ocorreu, ainda anteriormente, na França, com a edição da Lei nº 516, de 15 de junho de 2000, também conhecida como *loi présomption d'innocence* e também como *Loi Guigou* (que extrai seu epíteto do nome da então Ministra da Justiça Élisabeth Guigou), a qual, modificando o *Code de procédure pénale* (art. 380) previu tão somente o recurso de apelação relativamente às decisões condenatórias proferidas pela *cour d'assises* em primeiro grau, excluindo a possibilidade de recurso em caso de absolvição³³. Também nesta hipótese, a doutrina especializada sublinhou a afronta ao princípio da paridade de armas no processo penal³⁴. Contudo, a Lei nº 307, de 4 de março de 2002 (art. 8, I), veio a prever a possibilidade de o *procureur générale* junto à *Cour d'appel* (mas não o *procureur de la République*) interpor recurso de apelação em face de decisões absolutórias proferidas pela *cour d'assises*.

4. A Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado na Doutrina de Luigi Ferrajoli: Garantismo e (Dis)paridade de Armas?

O que toca mais diretamente com o presente trabalho é o fato de, também na Itália, o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Principia iuris*, ter adotado recentemente a tese segundo a qual não se deve admitir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição³⁵. Os fundamentos invocados pelo referido autor não são extraídos do

³² Eis a ementa da referida *sentenza* da Corte constitucional italiana: “*Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento – principio del giusto processo – incompatibilità – conseguenze – incostituzionalità della inappellabilità* [art. 593 C.P.P., art. 111 Cost., L. 46/2006]. La legge 46/2006 è costituzionalmente illegittima, perché in contrasto con il principio del giusto processo, ex art. 111 Cost., nella parte in cui vieta al pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento; l’alterazione del trattamento paritario dei contendenti, indotta dalla norma in esame, infatti, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità, sulla base delle rationes che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma”.

³³ Dispõe o art. 380-1 do *Code de procédure pénale* francês, com as modificações introduzidas pela Lei nº 516, de 15 de junho de 2000: “Art. 380-1. –*Les arrêts de condamnation rendus par la cour d’assises en premier ressort peuvent faire l’objet d’un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre. Cet appel est porté devant une autre cour d’assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l’affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre.*”

³⁴ Neste sentido, por todos, veja-se F. Fourment: “*La loi ‘présomption d’innocence’ du 15 juin 2000 n’avait ouvert l’appel que contre les arrêts de condamnation, excluant cette voie de recours contre les arrêts d’acquiescement. L’égalité des armes entre les parties au procès criminel n’était pas respectée.*” (*Procédure pénale*, cit., p. 297).

³⁵ Eis a passagem (na verdade, uma nota de pé de página) na qual o Ferrajoli sustenta a referida tese: “*Questo diritto è stabilito implicitamente dall’art. 14, comma 5, dei Patti internazionali sui diritti civili e politici del 1966: ‘Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l’accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge’. È evidente che in un ordinamento che come quello italiano prevede due gradi di giudizi di merito, se la sentenza di primo grado è di assoluzione, la sentenza di condanna di secondo grado sollecitata dall’appello del pubblico ministero non è suscetibile del riesame richiesto dal suddetto art. 5. Perché*

modelo de processo penal anglo-americano, o qual, a propósito, muitas vezes é duramente por ele criticado³⁶. O fundamento da tese de Ferrajoli consiste na invocação das normas de convenções internacionais (sobretudo do Pacto internacional de direitos civis e políticos de 1966), segundo as quais o acusado tem direito à revisão de sua condenação por outro juízo, sendo, portanto, necessárias “*due condanne conformi*” para legitimar uma condenação definitiva. Diante disso, extrai ele como consequência que, pelo fato de não haver (no ordenamento italiano) um terceiro grau de jurisdição relativo ao *meritum causae*, uma condenação em segundo grau, resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto em caso de absolvição em primeiro grau, implica inobservância do princípio relativo às “*due condanne conformi*”. Por esta razão, segundo o referido autor, deve-se admitir somente o recurso por parte do réu na hipótese de condenação, suprimindo-se o recurso da acusação em caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição.

Referida tese, contudo, merece ser analisada à luz da teoria do garantismo penal, magistralmente sistematizada pelo próprio Ferrajoli, pois esta parece não acolher, pelos mais variados fundamentos, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado.

Em primeiro lugar, deve-se observar que ao afirmar que “*la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un'accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario*”, Ferrajoli parte da premissa incontrastável de que a decisão absolutória de primeiro grau é justa (e não se está cuidando de decisão proferida pelo júri, cujo veredicto é soberano e desprovido de motivação), sem que se possibilite seja ela submetida à revisão, apesar de o próprio Ferrajoli afirmar em sua obra serem sempre possíveis as “inevitáveis deformações” das

tale riesame sia possibile e si raggiungano due condanne conformi, deve perciò essere appellabile solo la sentenza di condanna, mentre deve essere precluso l'appello della pubblica accusa contro le sentenze de assoluzione, destinate quindi a divenire definitive. Del resto, la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un'accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario: purché, evidentemente, l'accusa si sia rivelata, appunto, infondata e l'imputato sia stato assolto per non aver commesso il fatto o perché questo non sussiste o non costituisce reato, e non già perché il reato è dichiarato estinto per l'intervenuta prescrizione a seguito dell'applicazione di circostanze attenuanti. Proprio quest'ultima ipotesi invece – la sola che non giustifica l'inappellabilità – è stata quella che ha sollecitato, in Italia, la legge ad personam n. 46 del 20.2.2006 “in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento”, poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza del 6.2.2007.” (Principia iuris, Volume II, Teoria della democrazia, 2ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2009, nota 155, p. 464-465).

³⁶ Como afirma L. Ferrajoli, “*il legislatore italiano, suggestionato dagli aspetti deteriori dell'esperienza americana, ha invece imboccato la strada opposta, legittimando il patteggiamento dapprima con le leggi d'emergenza sui 'pentiti' e poi, in maniera ancor più estesa, con la recente riforma del codice di procedura penale. Il risultato, come dimostrerò nei par. 45 e 54, è inevitabilmente la corruzione della giurisdizione, la contaminazione poliziesca delle procedure e degli stili d'indagine e di giudizio, la conseguente perdita di legittimazione politica o esterna del potere giudiziario.*” (Dirito e ragione. Teoria del garantismo penale, 8ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 625).

decisões judiciais³⁷. Além disso, o mesmo autor parte de outra equivocada premissa, qual seja, a de que o Ministério Público comete dupla injustiça: a injustiça de ter denunciado o acusado (pois a acusação se revelou infundada, segundo declarado pela irrecorrível sentença absolutória, qualquer que tenha sido a sua motivação, ou mesmo na ausência desta) e a injustiça de, ainda assim, continuar a persegui-lo por intermédio do recurso. Tal concepção de Ministério Público que comete injustiças e persegue cidadãos por intermédio do exercício da ação penal, bem como pela interposição de recurso visando a corrigir uma decisão absolutória, parece estar em nítido contraste com a tese sustentada pelo próprio Luigi Ferrajoli, que enxerga no *Parquet* uma instituição de garantia, inclusive no processo penal, deputada à tutela dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos dos acusados³⁸.

Por outro lado, o próprio Ferrajoli sustenta firmemente, como uma das premissas do sistema garantista, a possibilidade de controle das decisões judiciais por ambas as partes³⁹, o que deriva da necessidade irrefutável de motivação das decisões⁴⁰. Ora, se o Juiz souber, de antemão, que possível sentença de absolvição que ele venha a prolatar não poderá ser contestada por intermédio de recurso do Ministério Público (e, por conseguinte, também do ofendido), isso poderá gerar, para o Juiz, a certeza de que lhe foi conferido um poder (de absolver) sem qualquer tipo de controle. Neste contexto, cumpre remarcar que Ferrajoli sustenta, de maneira irrestrita, citando a célebre passagem de Montesquieu, que todo poder, inclusive o jurisdicional, precisa de limites e de controles: "*c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites*"⁴¹.

Deve-se asseverar também que Ferrajoli não leva em conta o fato de que a irrecorribilidade da sentença absolutória pode ter o efeito negativo de fazer com que o Juiz, sabedor de que seu *decisum* absolutório não passará pelo controle de seus pares, se acomode em relação à busca da verdade processual. E que referida irrecorribilidade da sentença de absolvição pode ainda abrir um flanco à corrupção judicial, com a possível colusão do Juiz com o réu ou com a defesa técnica deste,

³⁷ A propósito, L. Ferrajoli afirma: "*Al di là delle disonestie e partigiane alterazioni del vero, sono infatti possibili e in qualche misura inevitabili le deformazioni involontarie, dovute al fatto che ogni ricostruzione giudiziaria minimamente complessa degli avvenimenti passati equivale comunque a una loro interpretazione, cui il giudice perviene muovendo da ipotesi di lavoro che, per quanto precisate o modificate nel corso delle indagini, lo portano a valorizzare alcune prove e a trascurarne altre e gli impediscono talvolta non solo di capire ma perfino di vedere i dati disponibili ma con essi contrastanti. In ogni giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio.*" (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 30).

³⁸ Neste sentido, L. Ferrajoli, Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia, in: *Questione giustizia*, n° 1, Milano: FrancoAngeli, 2012, p. 31 s.

³⁹ Eis a passagem do maestro L. Ferrajoli sobre o tema: "[...] il potere giudiziario non è il "disumano potere", puramente potestativo della giustizia di casi, ma è fondato sul "sapere" anche solo opinabile e probabile, ma proprio per questo confutabile e controllabile sia dall'imputato e dalla sua difesa che dalla società." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 640).

⁴⁰ Como assevera L. Ferrajoli, "precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia in diritto, per violazione di legge o difetti d'interpretazione o sussunzione, sia in fatto, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove. E non solo in appello ma anche in cassazione." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 640).

⁴¹ Vide L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 943, nota 43.

violando o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional, o que se mostraria extremamente danoso ao Estado de direito, sobretudo em casos relativos à criminalidade organizada e à criminalidade política ou financeira. Neste sentido, cumpre asseverar que Ferrajoli também sustenta, em contradição com a tese da impossibilidade de o Ministério Público recorrer da absolvição, a possibilidade de ambas as partes recusarem o Juiz, sobretudo em hipóteses de colusão⁴². Ora, pode ser que a colusão entre Juiz e réu se verifique exatamente no momento da sentença absolutória, quando então se retirará do Ministério Público a possibilidade de recorrer da absolvição com fundamento exatamente na colusão entre o Juiz e o réu.

Quanto à invocação, por parte de Ferrajoli, das *"due condanne conformi"* necessárias a legitimar a condenação definitiva, a qual é extraída acertadamente das normas constantes de convenções internacionais, cuida-se, de fato, de direito fundamental do acusado. Todavia, o fato de um direito fundamental encontrar-se previsto em uma convenção internacional não significa que se deva suprimir um outro direito, qual seja, o do Ministério Público de estender, por intermédio do recurso, o direito de ação de que é titular, bem como de buscar a correção da decisão judicial em nome da sociedade. Ao contrário, a previsão do direito fundamental do acusado pelas normas convencionais impõe que os Estados implementem a respectiva garantia. Assim, na ausência de via recursal, qual seja, um terceiro grau de jurisdição que possa reexaminar o *meritum causae* em caso de condenação em segundo grau resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto de decisão absolutória em primeiro grau, Ferrajoli, ao invés de sustentar a supressão do recurso do Ministério Público – em frontal contradição com a paridade de armas no processo penal, da qual ele mesmo é um dos grandes cultores⁴³ –, deveria sustentar a necessidade de implementação, por lei, de mais uma via recursal de mérito com vistas a assegurar o direito fundamental do acusado de ver sua condenação confirmada (caso ela resulte de provimento a recurso do Ministério Público manejado em caso de absolvição em primeiro grau). Não por acaso, é o próprio Ferrajoli quem afirma que os *"direitos fundamentais necessitam sempre de leis de atuação"* com vistas à sua implementação⁴⁴.

⁴² Eis a passagem do mestre L. Ferrajoli quanto à possibilidade de as partes recusarem o Juiz: *"È necessario in primo luogo che il giudice non abbia nessun interesse privato o personale all'esito della causa: 'nessuno può essere o arbitro della propria causa', e quindi – sono ancora parole di Hobbes – non può essere giudice colui al quale arrida la speranza di ottenere maggiore utilità o soddisfazione della vittoria di una delle due parti piuttosto che dall'altra. A garanzia di questa indifferenza o disinteresse personale rispetto agli interessi in conflitto, è necessaria la ricusabilità del giudice di ciascuna delle parti interessate."* (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit., p. 594-595).

⁴³ O próprio L. Ferrajoli afirma que *"perché la contesa si svolga lealmente e ad armi pari, occorre d'altra parte la perfetta uguaglianza tra le due parti"* (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit., p. 630).

⁴⁴ L. Ferrajoli afirma expressamente a necessidade de leis de atuação relativamente à implementação das garantias relativas aos direitos fundamentais: *"Diverso è il caso dei diritti fondamentali – di tutti e non solo dei diritti sociali e di quelli di livello internazionali – che come ho mostrato sono immediatamente (disposti da) norme tetiche. In questo caso l'esistenza delle relative garanzie – di quelle primarie e più ancora di quelle secondarie – non è affatto scontata, dipendendo dalla loro espressa stipulazione ad opere di norme di diritto positivo ben distinte da quelle che ascrivono i diritti."* (Diritti fondamentali, in: E. Vitale (a cura di), Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 30).

Conclusivamente, pode-se afirmar que a doutrina do garantismo penal cunhada pelo próprio Luigi Ferrajoli não dá suporte a quaisquer dos argumentos trazidos a lume por ele com vistas à supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição, seja o repúdio à concepção de processo que se desenvolve nos Estados Unidos da América, com os criticados acordos entre acusação e defesa, seja a necessidade de se controlar as decisões judiciais mediante recursos de ambas as partes, seja a concepção do Ministério Público como instituição imparcial ao qual incumbe também tutelar as garantias do acusado, seja, enfim, a necessidade de paridade de armas no processo penal, que deriva do princípio da isonomia. Quer-se crer, portanto, que a tese sustentada pelo *maestro* Luigi Ferrajoli, no sentido da supressão do recurso do Ministério Público, não passa de um *errore*, ou melhor, de um posicionamento em aparente contradição com a teoria do garantismo penal magistralmente por ele desenvolvida.

5. A Impossibilidade de Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvção do Acusado no Ordenamento Brasileiro: o *Parquet* como Parte Imparcial no Processo Penal

Além dos argumentos já analisados, algumas considerações merecem ser feitas quanto à impossibilidade de se suprimir, no ordenamento jurídico brasileiro, o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, deve-se asseverar que na doutrina brasileira sempre foi admitido o recurso de apelação manejado pelo Ministério Público no caso de absolvição do acusado⁴⁵, diante do que prevê expressamente o art. 593 do Código de Processo Penal, seja nos processos perante o Juízo comum ou os Juízos especiais, seja no caso de absolvição do acusado no procedimento do Júri, sendo neste último caso o recurso de apelação vinculado às hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, do CPP). No processo penal brasileiro, a soberania dos veredictos do Júri se vê atenuada desde o Código de Processo Criminal do Império de 1832, que já previa a apelação, manejável por qualquer das partes mesmo em caso de absolvição, para os casos de inadequação da decisão dos jurados, de inobservância das fórmulas procedimentais e para o caso de a pena não se adequar à previsão

⁴⁵ No sentido do texto, H. A. Mossin, *Recursos em matéria criminal*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 49; A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1996, p. 78 e 126; R. Pires de Campos Barros, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 376; L. Santoro de Constantino, *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54-59; H. Tornaghi, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 354-355; M. Zanoide de Moraes, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 2000, p. 286. Este último autor, a propósito, elenca como “únicas hipóteses de ilegitimidade recursal do Ministério Público”, “as sentenças absolutórias não impugnadas pelo querelante e proferidas em ação penal de iniciativa exclusivamente privada” e o (atualmente extinto) “protesto por novo júri” (*ivi*, p. 287, 288 e 292).

legal⁴⁶. Tal sistemática foi mantida pelo Regulamento nº 848 de 1890⁴⁷, que organizou a Justiça Federal após a proclamação da República, pelo Decreto-Lei nº 167 de 1938⁴⁸, que regulamentou a instituição do Júri – que não recebeu menção na Carta Constitucional de 1937 – e, posteriormente, pelo Código de processo penal de 1941. O único recurso do qual não podia fazer uso o Ministério Público era o antigo protesto por novo júri, extinto por intermédio da Lei nº 11.689, de 2008.

Na tradição jurídica romano-germânica e, por conseguinte, no ordenamento jurídico brasileiro, os recursos são considerados uma extensão ou modalidade do direito de ação já exercido, no caso da acusação, ou uma extensão do direito de defesa, no caso do acusado⁴⁹. A adoção do duplo grau de jurisdição no processo penal permite a devolução da matéria impugnável ao juízo *ad quem*, impedindo apenas a *reformatio in peius*, ou seja, a piora da situação jurídica estabelecida na sentença quando só o acusado tiver recorrido. Assim, a regra do *double jeopardy*, da tradição anglo-saxônica, nenhuma valia tem entre nós no que toca à fase recursal, pois a interposição dos recursos não inaugura nova relação processual. Assim, a absolvição em primeiro grau, por si só, não extingue a relação processual, a qual pode ser estendida ao juízo *ad quem* por intermédio dos recursos interpostos seja pelo Ministério Público (ou, por vezes, pelo ofendido), seja pelo acusado ou pela defesa técnica deste. Tal somente se verifica com o trânsito em julgado da decisão absolutória para a acusação, no caso de o Ministério Público não interpor o recurso de apelação, no prazo legal, ou, quando, caso possível, não o fizer o ofendido (após decorrido o prazo que o *Parquet* possuía para impugnar a absolvição).

Deve-se considerar, ainda, o fato de o Brasil ser signatário de convenções internacionais, como a Convenção americana sobre direitos humanos de 1969 (o chamado Pacto de São José de Costa Rica, promulgado por intermédio do Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992), cujo art. 8º, nº 2, *h*, estabelece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, bem como o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (promulgado por intermédio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992), cujo art. 14, 5, estabelece que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Vê-se, portanto, que referidas

⁴⁶ Prevía o art. 301 do Código de Processo Criminal de 1832: “Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei.”

⁴⁷ Dipunha o art. 93 do Regulamento nº 848, de 11 de outubro de 1890: “Será concedido *às partes* o prazo de tres dias para interposição do recurso das sentenças do Tribunal do Jury e bem assim para o protesto por novo julgamento.” (grifos não constantes do original)

⁴⁸ Os arts. 91 e 92 do Decreto-Lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938 estatuíam: “Art. 91. Só será admitida apelação *de qualquer das partes* quando interposta por escrito, depois de dissolvido o conselho de sentença, e dentro de cinco dias, sempre com efeito suspensivo, salvo si, *no caso de absolvição*, e tratando-se de crime afiançável, o réu estiver preso.” (grifos não constantes do original). O art. 92, por sua vez, dispunha: “A apelação sómente pode ter por fundamento: a) nulidade posterior à pronúncia; b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário.”

⁴⁹ Neste sentido, por todos, veja-se A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, cit., p. 32.

normas, incorporadas ao direito brasileiro, estabeleceram o direito fundamental de o condenado recorrer da sentença condenatória para uma instância superior. Assim, deve-se implementar e tornar efetivo referido direito fundamental, o que não significa, nem poderia ter como consequência lógica, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição. Portanto, deve-se introduzir no direito brasileiro a possibilidade de análise de mérito, realizada por um terceiro grau de jurisdição – no caso, o Superior Tribunal de Justiça –, relativamente às condenações em segundo grau de jurisdição resultantes de provimento de recurso do Ministério Público interposto no caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição. Isto, aliás, foi o que decidiu a Corte Interamericana de direitos humanos no caso *Mohamed vs. Argentina* (sentença de 23 de novembro de 2012), quando determinou a responsabilidade internacional da Argentina, pois considerou que o recurso extraordinário previsto no ordenamento argentino não garante o direito do acusado de recorrer para instância superior quando este tenha sido condenado em segundo grau de jurisdição em razão de provimento de recurso do Ministério Público em caso de absolvição em primeiro grau⁵⁰. Referida Corte, a propósito, sequer cogitou da supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Ainda em reforço à tese de que se deve implementar o direito fundamental, e não se suprimir o recurso do Ministério Público convém notar, ainda no âmbito das Convenções internacionais, que o Brasil é também signatário do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (promulgado por intermédio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002), a ele se submetendo por força de norma constitucional (art. 5º, § 4º, da Constituição da República), sendo que este diploma prevê expressamente a possibilidade de o Procurador recorrer amplamente das decisões, inclusive daquelas de absolvição (art. 81)⁵¹.

⁵⁰ Eis o resumo oficial do caso, emitido pela Corte interamericana: *"El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'la Corte Interamericana', 'la Corte' o 'el Tribunal') emitió la Sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia."* No corpo da decisão ficou estabelecido: *"La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional."* O julgado pode ser acessado no site da Corte interamericana de direitos humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp.pdf.

⁵¹ Admitindo sem qualquer empecilho o recurso do Procurador junto à Corte penal internacional, inclusive nos casos de absolvição, veja-se, na doutrina, A. Abdessemed, *Le principe du double degré de jurisdiction et les juridictions pénales internationales*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007, p. 433.

Além disso, dever-se-ia admitir no ordenamento brasileiro – e esta, sim, efetivamente é uma tese garantista – a possibilidade de o condenado aderir ao recurso da acusação, sobretudo em casos de absolvição, como de há muito já sustentado por parcela louvável da doutrina brasileira⁵² e previsto, por exemplo, no *Code de procédure pénale* francês (art. 380-10)⁵³.

Por fim, toda esta discussão acerca do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado deve ser analisada levando-se em consideração que referida instituição, no direito brasileiro, deve ser considerada, como afirma o próprio Luigi Ferrajoli, como uma instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais⁵⁴ e, por consequência, verdadeira parte imparcial no processo penal.

No Brasil, alguns poucos doutrinadores possuem uma visão decididamente equivocada a respeito do Ministério Público, asseverando ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção da condenação do acusado, sem a qual sua razão de ser perderia completamente o sentido⁵⁵. Isto advém de uma interpretação equivocada a respeito da referida instituição, não levando em conta sua história e evolução, bem como de uma visão excessivamente impregnada da concepção relativa ao processo penal acusatório norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que, como já se asseverou, possui fonte de legitimação distinta daquela do Ministério Público dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem qualquer comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. A doutrina amplamente majoritária, contudo, sempre entendeu que o Ministério Público é configurado no processo penal brasileiro como parte imparcial⁵⁶, atuando como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo

⁵² Neste sentido, veja-se, o inovador estudo de S. Demoro Hamilton, *A viabilidade do recurso adesivo no processo penal*, in *Processo penal. Reflexões*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 167 s.

⁵³ O Código de processo penal francês prevê em seu art. 380-10, o chamado *appel incident*: “*En cas d’appel d’une partie, pendant les délais ci-dessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel.*”

⁵⁴ Assim, L. Ferrajoli, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, cit., p. 31 s.

⁵⁵ Neste sentido, sem qualquer fundamentação razoável, A. Nicolitt, *Manual de processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 224-225; igualmente, R. R. Rebello Casara, A. P. Melchior, *Teoria do processo penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 382, os quais se referem ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”.

⁵⁶ Na doutrina brasileira, já era a lição de H. Tornaghi: “Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. [...] Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar como *custodio* da lei e o seu caráter de parte.” (*Curso de processo penal*, Volume I, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 486. Sustentando ainda a imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro, entre tantos, vide: A. Araujo de Souza, *O abuso do direito no processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172; M. Batlouni Mendroni, *Curso de investigação criminal*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 271; M. A. de Barros, *A busca da verdade no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155; S. L. de Souza Araújo, *Teoria geral do processo penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 1999, p. 219; P. C. Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9; A. Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 235; A. Silva Jardim, *Direito processual penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 227.

entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a ausência de imparcialidade do *Parquet* representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos⁵⁷, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito e até mesmo para a democracia⁵⁸, considerada a sua qualidade de instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais.

Até mesmo na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, entende-se que o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação⁵⁹. Não se trata de uma elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários Códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II)⁶⁰, da Itália de 1988 (art. 358)⁶¹, da Bolívia de 1999 (art. 72)⁶², e até mesmo na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)⁶³. Também após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público conserva a sua imanente imparcialidade⁶⁴, como

⁵⁷ Afirma, neste sentido, expressamente A. Scarance Fernandes: "A imparcialidade do Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios." (*Processo penal constitucional*, cit., p. 235).

⁵⁸ Já em 1969, criticando a influência do direito anglo-americano no que toca à função do Ministério Público no processo penal, afirmou C. Roxin: "*Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento anglo-americano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho.*" (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, cit., p. 53).

⁵⁹ Como afirma G. Silvestri, relativamente ao ordenamento jurídico italiano, "*la delicatezza dei momenti iniziali del procedimento, quando ancora non è stata esercitata l'azione penale, richiede una valutazione imparziale della fondatezza della notizia criminis non solo allo scopo di poter sostenere l'accusa in dibattimento, secondo la prescrizione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., ma anche, e principalmente, per non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione.*" (*Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 959).

⁶⁰ Estatui o § 160, II, da *Strafprozeßordnung* alemã: "*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*"

⁶¹ O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* estabelece: "*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*"

⁶² Por sua vez, dispõe o art. 72 do *Código de procedimiento penal* boliviano de 1999: "*Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.*"

⁶³ Dispõe, a propósito, o art. 250, 5, da Constituição colombiana: "*(...) La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.*"

⁶⁴ Preciso sobre o tema, na doutrina espanhola, R. Martínez Dalmau: "*En ningún modo, en un Estado democrático, debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad.*" (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valência: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 118). No mesmo sentido, na doutrina italiana, A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano: Giuffrè, 1999, p. 231; L. Sansò, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 324. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina francesa por J.-P. Jean, *Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial*,

de há muito já afirmava Francesco Carrara⁶⁵. Ainda muito antes, esta já era a tese de vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público⁶⁶, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou absoudre”⁶⁷.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos também no processo penal⁶⁸. Mas, ao mesmo tempo, o *Parquet* não desempenha um papel de codefensor do imputado, sendo impossível, sob o plano lógico, uma duplicidade de funções no mesmo procedimento⁶⁹. A sua imparcialidade, portanto, não lhe permite substituir-se ao defensor do acusado, pois este, além de tornar possível a defesa técnica, também possui a função de garantir o necessário contraditório entre acusação e defesa⁷⁰. Relativamente ao Ministério Público, portanto, não se pode falar em terceiro, pois esta qualidade é reservada ao Juiz, sendo o *Parquet* postulante na relação processual penal. Isto, porém, não exclui a sua imparcialidade, que se consubstancia em perseguir a verdade processual e aportar ao processo todas as provas sobre o fato criminoso, sejam elas desfavoráveis ou favoráveis ao imputado.

in: Cour de cassation (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris: Dalloz, 2008, p. 83 s. Iguualmente, na doutrina portuguesa G. Marques da Silva, *Curso de processo penal*, III, cit., p. 303.

⁶⁵ Eis a passagem do grande F. Carrara a respeito do Ministério Público: “I suoi precipui doveri sono l'imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.” (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871, p. 414).

⁶⁶ Neste sentido, a passagem de Montesquieu: “Nous avons aujourd'hui une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendrait point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils son tranquilles.” (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris: P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

⁶⁷ Assim, M. A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 45-46.

⁶⁸ Neste sentido, C. Roxin se refere ao “famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: ‘que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo la ley sea satisfecha’. ‘En esa posición fundamental’ – prosiguen los autores – ‘el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él.’” O mesmo autor completa: “Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines.” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in: AA.VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 41).

⁶⁹ Neste sentido, a perfeita observação de G. Silvestri: “Bene ha fatto quindi la Corte a prendere le distanze da questo paternalismo giudiziario, nutrito di ideologia statalistica, ed a riaffermare il semplice schema del rito accusatorio (nel recente passato offuscato da talune sue stesse pronunce), fondato sulla irriducibile eterogeneità tra P.M. e difesa, realmente contrapposti nel processo e non ‘collaboranti’ per il conseguimento del bene superiore dell’ accertamento della verità, cui deve pensare esclusivamente il giudice, alla luce e nei limiti delle evidenze processuali. L'imparzialità del P.M. non può avere il significato di una sua anomala duplicità di ruoli nel medesimo procedimento, impossibile, oltre che per ragioni giuridico-processuali, per elementari dettami della logica comune. Si trae, nel sostenere la tesi criticata, da un principio valido, l'imparzialità del P.M., una conseguenza eccessiva, il P.M. ‘co-defensore’, che finisce per negare il fondamento su cui poggia l'idea stessa della sua neutralità.” (II P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 958).

⁷⁰ Neste sentido, A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 03.

A propósito, a Corte Constitucional italiana reconheceu expressamente (sentença nº 88 de 1991) a fisionomia de “*parte imparziale*” do Ministério Público, não como mero acusador, “*ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a cercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato*”⁷¹. Não se trata de simples sutileza teórica, havendo mesmo quem não o considere como “parte”, exatamente por causa de sua imanente imparcialidade, como o fez recentemente a Corte Constitucional alemã⁷², adotando concepção diametralmente oposta àquela sustentada por Carnelutti, que criticava a expressão “parte imparcial” atribuída ao *Parquet*⁷³.

Destá maneira, pode-se afirmar conclusivamente que, sendo o Ministério Público inquestionavelmente parte imparcial no processo penal brasileiro, autorizado inclusive a postular em favor do acusado, e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei, não há qualquer fundamento razoável para que se lhe suprima o recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Bibliografia

ABDESSEMED, Abderrachid. Le principe du double degré de juridiction et les juridictions pénales internationales, in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007.

AMODIO, Ennio. Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003.

ARAUJO DE SOUZA, Alexander. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARTKÄMPER, Heiko; HERRMANN, Gunnar; JAKOBS, Carola; KRUSE, Henner. *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*. Münster: ZAP, 2008.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. third edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁷¹ Quanto às medidas cautelares, dispõe o art. 291, 1, do Código de processo penal italiano de 1988: “*Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati.*”. Também de acordo com os princípios diretivos sobre o papel dos membros do Ministério Público adotados no VIII Congresso das Nações Unidas de 1990, “*Les magistrats du parquet n'engagent ni ne continuent des poursuites ou font tout leur possible pour suspendre la procédure lorsqu'une enquête impartiale révèle que l'accusation n'est pas fondée*” (§ 14).

⁷² Relativamente à *Staatsanwaltschaft* alemã, H. Henrion; N. Salditt sublinham que a Corte Constitucional alemã não considera o Ministério Público como parte no processo penal, exatamente em razão da sua imparcialidade: “*La Cour constitutionnelle fédérale déclare que le ministère public n'est pas 'partie au procès pénal', puisqu'il est soumis à un devoir d'objectivité lui enjoignant de prendre en compte les intérêts de la personne suspectée ou poursuivie à tous les stades du procès en instruisant à charge et à décharge (§ 160, II, StPO), en exerçant, les cas échéant, une voie de recours en sa faveur (§ 296, II, StPO) et en demandant la réouverture d'un procès pour faire proclamer l'innocence d'un condamné (§ 359 et 365, StPO)*” (Le ministère public allemand, une institution ambivalente, in: C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du Parquet*, Paris: PUF, 2006, p. 30-31).

⁷³ Quanto às referidas críticas, todas rebatidas pela doutrina, veja-se F. Carnelutti, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, in: *Rivista di diritto processuale*, Volume I, 1953, p. 257 s.

BALESTRIERI, Davide; GIRALDI, Carmen. *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*. Padova: Cedam, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos, in: *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O processo penal norte-americano e sua influência, in: *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo. Saraiva, 2004.

BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BORTOLOTTI, Guido. Ministero Pubblico (materia penale), in: *Il Digesto italiano*. Volume XV, parte seconda. Torino: UTET, 1904-1911.

BOTTA, Fabio. *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*. Cagliari: Edizioni AV, 1996.

BRITO DE ASSIS, Adriano Marcus. Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales, in: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, abr./jun. 2014.

BUSS, Sebastian. *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

CADOPPI, Alberto; MCCALL SMITH, Alexander. *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*. Padova: Cedam, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, in: *Rivista di diritto processuale*. Volume I, 1953.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871.

CATTANEO, Mario Alessandro. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001.

COPPI, Franco. No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione. in: *Il giusto processo*, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2001.

Cristiani, Antonio. *Manuale del nuovo processo penale*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1991.

CROALL, Hazel; MOONEY, Gerry; MUNRO, Mary. *Criminal justice in Scotland*. Oxon: Willan Publishing, 2010.

DA COSTA TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. Volume 4, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DE BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DEGANELLO, Mario. Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, in: Gambini Musso, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2001.

DEMORO HAMILTON, Sergio. A viabilidade do recurso adesivo no processo penal, in: *Processo penal. Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DE SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DEZZA, Ettore. *Breve storia del processo penale inglese*. Torino: Giappichelli, 2009.

DINACCI, Filippo Raffaele. Impugnazioni e ragionevole durata. In: AA. VV. *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*. Torino: Giappichelli, 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Volume VI. Campinas: Bookseller, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. Diritti fondamentali. In: E. Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

_____. *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, nº 1. Milano: FrancoAngeli, 2012.

_____. Principia iuris. Volume II. *Teoria della democrazia*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FOURMENT, François. *Procédure pénale*. 6 ème éd. Paris: Paradigme, 2005.

FREDERICO MARQUES, José, *Elementos de direito processual penal*. Volume IV, reed. Campinas: Bookseller, 1998.

GASPARINI, Alessandro. Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale. In: Gambini Musso, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2001.

GODARD, Joëlle. L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais. In: *Revue historique de droit français et étranger*. nº 1. Paris: Dalloz, 2004.

GUSTAPANE, Antonello. *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*. Milano: Giuffrè, 1999.

HENRION, Hervé; SALDITT, Nicole. Le ministère public allemand, une institution ambivalente. In: C. Lazerges (*sous la direction de*), *Figures du parquet*. Paris: PUF, 2006.

JEAN, Jean-Paul. Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial. In: *Cour de cassation (sous l'égide de), Quel avenir pour le Ministère Public?*. Paris: Dalloz, 2008.

KELLER, Gustav. *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*. Wien: Wilhelm Braumüller, 1866.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de processo penal*, III. Lisboa: Verbo, 1994.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. València: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999.

MÌNISCI, Francesco; CURRELI, Claudio. *Il Pubblico Ministero. Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*. Milano: Giuffrè, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal. In: *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 4. Madrid: Ministerio de Justicia, 1997.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois* [1748]. Tome premier. Paris: P. Pourrat Frères, 1831.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Recursos em matéria criminal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PADOVANI, Tullio. Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio. In: *Cassazione penale*, 2003.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PIETRINI, Stefania. *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*. Milano: Giuffrè, 1996.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. *Sistema do processo penal brasileiro*. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REBELLO CASARA, Rubens Roberto; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

REID, William. The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland. In: *Juridical review*. nº 10. London: 1965.

ROSSI, Nello. Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero. In: *Questione giustizia*. nº 5. 2005.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba. In: AA.VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

SABINI, Angelo. *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*. Venezia: Antonio Pinelli, 1751.

SANSÒ, Luigi. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953.

SANTORO DE CONSTANTINO, Lúcio. *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA JARDIM, Afranio. *Direito processual penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVESTRI, Gaetano. Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997.

SPANGHER, Giorgio. Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo. In: *Corriere Giuridico*. nº 10, 2002.

SPENCER, John R. *La procédure pénale anglaise*. Paris: PUF, 1998.

TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Volume I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de processo penal*. Volume II. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRAVERSI, Alessandro. *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*. Milano: Giuffrè, 2009.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*. New York: Cambridge University, 1987.

_____. Public prosecutions of crime in twelfth-century England. In: *Legal history. A European perspective*. New York-Rio Grande: The Hambleton, 1991.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.

Colisão de Direito: Liberdade de Expressão e Ofensa à Honra e à Imagem

Arion Sayão Romita*

1. Noção de Colisão de Direitos. 2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento. 3. Direito à Honra. 4. Direito à Imagem. 5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade. 6. Solução do Conflito de Direitos.

1. Noção de Colisão de Direitos

A sabedoria popular assentou o dogma de que o direito de alguém termina onde começa o de outrem.

Esta ideia, que remonta ao pensamento filosófico do Iluminismo, encontra formulação jurídica na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, na França. O art. 4º da Declaração está assim redigido: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outra pessoa: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só encontra limites naqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei”. O art. 5º acrescenta: “A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não manda”. Esta última provisão encontra eco na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988: o art. 5º, inciso II, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A assertiva de que todo indivíduo tem o direito de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem induz necessariamente a certeza de que os direitos e liberdades não são absolutos nem ilimitados. Se o exercício de um direito é limitado quando confrontado com o direito de outrem, cabe cogitar de limitação do direito para que seja determinado o seu alcance material. Por isso Konrad Hesse afirma que “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”, surgindo assim a noção de limites imanentes aos direitos fundamentais, que só podem ser determinados por interpretação¹. Neste sentido, Norberto Bobbio ensina que, na maioria das situações em que está em causa o direito de alguém, o exercício desse direito pode confrontar o direito de outrem, não se podendo “proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante”. Em suas palavras, “deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no

* Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250-251.

sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente”².

Ao se falar de interpretação, cumpre observar que ela se revela um fenômeno ambivalente. Por um lado, abala a certeza ínsita ao direito: na verdade, abre um espaço de incerteza no direito, porque entre a edição do texto e sua aplicação interpõe-se o intérprete; o texto não se apresenta mais portador de uma verdade incontestável, imposta pela via de evidência; é necessário que os significados nele contidos sejam decantados pelo filtro da interpretação. Dessa forma, a interpretação se arrisca a solapar os fundamentos da ordem jurídica e a subverter a racionalidade jurídica, tornando-se uma atividade suspeita. Por outro lado, ela afasta as incertezas derivadas da leitura do texto, dissipando as obscuridades nele contidas; decide entre as possíveis diferentes leituras ao fixar o sentido do texto e previne as guinadas de significados, tudo na dependência da qualidade e dos atributos do intérprete³.

Na doutrina constitucionalista, quando se disserta sobre os limites dos direitos fundamentais, discute-se se os limites imanentes constituem fenômeno distinto das colisões de direitos ou se se trata de fenômenos idênticos, descritos sob terminologia diferente. Na verdade, a noção de limites imanentes só tem utilidade se justificar a atuação do legislador ordinário ao fixar os limites imanentes; na hipótese oposta, a noção de colisão de direitos abrange a de limites imanentes⁴.

A doutrina constitucionalista alemã cunhou a noção de colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*) ou conflito de direitos fundamentais (*Grundrechtskonflikte*)⁵.

Ocorre colisão (conflito) de (entre) direitos fundamentais quando dois titulares de direitos fundamentais reclamam para si o uso de liberdades que se excluem reciprocamente. Dois direitos colidem quando o exercício de um deles por parte de seu titular prejudica o uso de direito fundamental por parte do outro titular, como ocorre, por exemplo, entre a liberdade de expressão, de um lado, e o direito à honra ou à intimidade de outro⁶. Este fenômeno implica a limitação de um dos direitos conflitantes e pode surgir em abstrato, a nível legislativo, quando a norma jurídica não prevê restrição ao exercício de determinado direito ou quando prevê direitos incompatíveis entre si. Pode surgir também, na prática, em casos concretos, a nível de aplicação do direito, quando se torna necessário harmonizar as normas em presença, diretamente aplicáveis⁷.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

³ CHEVALIER, Jacques. Les interprètes du droit. In: AMSELEK, Paul (sous la dir.). *Interprétation et Droit*. Bruxelas: Bruylant, 1995, p. 115.

⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 43.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 91.

⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 180 e 412.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 277-278.

Há colisão porque os direitos, como já se disse, não são absolutos nem ilimitados. Seus limites não são fixados de uma vez por todas pelas normas jurídicas que os consagram. Essas normas apresentam caráter aberto e polissêmico, exigindo o esforço de interpretação e obrigando a uma tarefa de harmonização dos direitos em confronto⁸.

2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, dispõe sobre os direitos em exame em diversos incisos do art. 5º e bem assim, no qual diz respeito à manifestação do pensamento, no art. 220. É o seguinte o teor dos mencionados dispositivos:

- liberdade de manifestação do pensamento: art. 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; art. 220, *caput*: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”;
- liberdade de consciência e de crença: art. 5º, inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”; liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (inciso VIII);
- liberdade de expressão e informação: art. 5º, inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; art. 5º, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; art. 220, *caput*, acima transcrito.

A liberdade de expressão já era prevista pelo art. 11 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, da França: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, com a ressalva de responder pelo abuso desta liberdade nos casos previstos em lei”.

A liberdade de pensamento, basicamente una, manifesta-se como a soma de uma série de liberdades particulares, que tendem a um mesmo fim, porém suscitam variadas questões e reclamam soluções jurídicas diferenciadas. No âmago da liberdade de pensamento, a liberdade de opinião é a liberdade de escolher a sua verdade, qualquer que seja o domínio considerado. Quando tem por objeto a atitude do homem em face da moral e da religião, surge como liberdade de consciência e

⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 28-29.

de crença. À manifestação exterior e à comunicação do pensamento corresponde, segundo os domínios e os processos envolvidos, vasta gama de liberdades distintas: no domínio religioso, a liberdade de culto, vale dizer, a liberdade assegurada aos crentes de praticar sua religião; em decorrência das técnicas utilizadas, a liberdade de imprensa, que concerne inicialmente à difusão do pensamento por meio de impressos (livros, jornais, revistas), depois pelo rádio, televisão, cinema, teatro e alcança a liberdade dos espetáculos; a liberdade de ensino e, finalmente, as liberdades coletivas, como a de reunião, associação e manifestação. Conexo a tais liberdades, cogita-se do direito à informação.

A liberdade de pensamento abrange, portanto, dois aspectos: um interior e outro, exterior. Quanto ao primeiro aspecto, revela-se pela atitude intelectual que o indivíduo livremente adota: relativamente ao segundo aspecto, assume a feição de liberdade de tomada de posição política. O ordenamento resguarda a liberdade de pensamento em dupla dimensão: como pensamento íntimo, assegura a liberdade de consciência e de crença, que é inviolável (art. 5º, inciso VIII); em seu aspecto exterior, a liberdade de pensamento encontra amparo na Constituição sob as modalidades de liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural, de transmissão e recepção do conhecimento (art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e art. 220).

Cabe distinguir liberdade de expressão e direito à informação. A primeira se conceitua como possibilidade assegurada pelo ordenamento jurídico de exteriorizar pensamentos, crenças, ideias, opiniões, juízos de valor. O direito à informação compreende o direito de transmitir informações, o de colher informações e o de ser mantido informado. O que a Constituição assegura é o chamado direito de se informar. No caso do direito coletivo do trabalho, porém, não há garantia de que a representação dos trabalhadores na empresa (representantes dos trabalhadores e delegados sindicais) tenha o direito de ser informado pelo empregador.

No plano da legislação infraconstitucional (os tratados internacionais ratificados pelo Brasil integram o ordenamento doméstico, na posição de leis ordinárias), cabe referir que a Convenção Americana de Direitos Humanos denominada Pacto de São José da Costa Rica (aprovada na Conferência da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, ratificada pelo Brasil em 25 de janeiro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) dispõe, no art. 12, sobre a liberdade de pensamento e de expressão.

É claro que as liberdades e os direitos assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil incidem nas relações contratuais de trabalho subordinado. O empregado goza das referidas prerrogativas em face do empregador, sem sombra de dúvida. Desnecessária será, até mesmo, a edição de norma infraconstitucional que disponha a respeito do tema: a solução de qualquer dissídio ocorrente será encontrada, com facilidade, mediante o manejo dos princípios pertinentes, observadas as regras de hermenêutica constitucional. Não obstante, o desfrute das liberdades e o gozo dos direitos assegurados pelo ordenamento ao empregado pode, em tese, violar o direito

à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem de outrem. Um jornalista e um radialista não dispõem de ampla liberdade para divulgar ofensas, agressões ou atentados à honra individual ou à sensibilidade coletiva dos leitores ou ouvintes.

Pode ocorrer colisão entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado. Deve ser levada em conta a circunstância de que a liberdade de expressão e de informação contribui para a formação da opinião pública, que pode sofrer desvios ou distorções pelo uso abusivo das referidas liberdades. Por seu turno, o empregado – jornalista ou radialista – encontra-se em uma posição jurídica de subordinação, pressupondo o controle do empregador, que sobre ele exerce poderes de direção e de fiscalização, no que tange ao exercício de suas atividades funcionais. Ao exercer tais poderes, o empregador se escuda nos seguintes comandos constitucionais: primeiro, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), que é um dos fundamentos do Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil; segundo, a valorização da livre iniciativa, na qual se funda a ordem econômica, como preceituada pelo art. 170, *caput*. Constitui noção elementar que a livre iniciativa representa um dos sustentáculos do princípio estruturante que informa o Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil. É na garantia da livre iniciativa que a atividade do empresário encontra apoio para gerar empregos, pagar tributos, atender às necessidades dos consumidores dos produtos e dos usuários dos serviços, além de promover o bem-estar geral e a produção de riquezas, com o indispensável concurso do esforço dos trabalhadores.

No exercício da liberdade de expressão e informação, a atividade do empregado encontra limites no poder de direção e de fiscalização exercido pelo empregador, que deriva do princípio da liberdade de iniciativa. Ocorre colisão entre os princípios concorrentes, solucionada pelo método usual em casos idênticos: o intérprete deverá levar em conta o peso ou a importância dos princípios concorrentes, a fim de indicar qual deles deve prevalecer ou ceder perante o outro; dar-se-á a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, que será processada com o mínimo sacrifício possível dos direitos em confronto⁹. No particular, assume relevo especial o princípio da proporcionalidade.

Observa Luís Felipe do Nascimento Moraes que a liberdade de expressão e o direito à informação dos trabalhadores, no âmbito da relação de trabalho, estão sujeitos a limites internos e externos, já que os direitos fundamentais não são ilimitados e reconhecem a necessidade de harmonização com outras liberdades reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico. Os limites internos são os seguintes: a) a veracidade; b) o dever de diligência na averiguação da notícia; c) a relevância pública da comunicação. Os limites externos são: a) o princípio da boa-fé; b) o dever de segredo; c) a honra da empresa e do empresário; d) o interesse da empresa¹⁰.

⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76 e ss.

¹⁰ MORAES, Luís Felipe do Nascimento. *Elementos para o exercício da liberdade de expressão e do direito*

O jornalista empregado não pode invocar em seu favor a liberdade de expressão e informação para violar os direitos de personalidade, principalmente quando atingida uma pessoa privada. Preserva-se o direito à honra, à intimidade, e à imagem. Este atua como limite à liberdade de expressão e informação. Comete falta grave, que autoriza o empregador a despedir o empregado sem qualquer ônus, o jornalista que, em sua coluna diária publicada em jornal, ofende a sensibilidade do público leitor mediante emprego de frases agressivas e conceitos escandalosos, incompatíveis com o nível de seriedade tradicionalmente mantido pelo periódico.

A mesma ideia pode embasar o afastamento da noção de liberdade religiosa, quando provocar perturbação da ordem no ambiente de trabalho. A propósito, acentua Ernesto Lippman que “a liberdade religiosa não se confunde com a possibilidade de perturbação da ordem do ambiente de trabalho mediante o proselitismo religioso”, citando, em abono de sua tese, decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal (Brasília):

A Constituição garante a inviolabilidade de crença e a livre manifestação do pensamento, sendo proibido privar de direitos por motivos religiosos. Por isso, nada impede que a reclamante defendesse sua crença, ainda que no âmbito da reclamada, que adotava doutrina diversa. O caso somente chama atenção pela perturbação que a manifestação da reclamante veio a causar na ordem estabelecida pela entidade, refletindo, pois, no descumprimento de suas obrigações contratuais. Estando a reclamante adstrita ao contrato de trabalho, não poderia ela se voltar contra os princípios que norteavam as atividades da instituição e para os quais foi contratada. É, partindo do próprio princípio constitucional da liberdade de crença, que a reclamante estava obrigada a respeitar os princípios religiosos da reclamada. Também rege a espécie de contrato firmado entre partes de livre manifestação de vontade e as regras a ele inerentes¹¹.

A propósito da regulação da atividade do jornalista-empregado, Alice Monteiro de Barros lembra que a legislação brasileira é omissa a respeito da proteção da liberdade de pensamento. Propugna ela a previsão da “possibilidade de rescisão contratual com uma indenização especial em favor dos jornalistas quando houver uma mudança notável no caráter ou orientação do jornal, se a mudança criada pela empregadora produzir uma situação capaz de atentar contra a sua

à informação pelos trabalhadores. In: *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: Faculdades do Brasil, nº 19, p. 308, jul./dez. 2001.

¹¹ LIPPMAN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999, p. 64, nota 2.

honra (do jornalista), ou, de uma maneira geral, contra os seus interesses morais”¹². Sugestão válida, perfeitamente aceitável, acata a orientação doutrinária traçada por José Martins Catharino, que chama a atenção para um conflito frequentemente observado nas relações entre o jornalista-empregado e a empresa jornalística a que vinculado por contrato de trabalho:

Qual seja o que se instala entre a consciência do jornalista e a direção que a sua empregadora determina para sua atividade intelectual, seja pública ou privada. Conflito tormentoso para cada qual e de fundas repercussões sociais. Que atinge a honestidade pensante do jornalista, a mesma que, se não for preservada economicamente, provoca, muitas vezes, um estado de necessidade contrário à sua preservação. Verdadeiro dilema: ou escrever contrariamente ao que pensa ou perder o emprego.¹³

A liberdade de consciência e o respeito à convicção política dos empregados têm sido resguardados pela jurisprudência. A propósito, vale transcrever sugestiva ementa de acórdão proferido pela Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu pela nulidade do ato de dispensa de trabalhadores, determinando sua reintegração, com o pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento, *verbis*:

Contrato de trabalho. Liberdade política. Garantias mínimas do cidadão. Direito potestativo de resiliir o contrato. Abuso. O exercício pode mostrar-se abusivo. Despedido o empregado em face da convicção política que possui, forçoso é concluir pela nulidade do ato e consequente reintegração, com o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento. A liberdade política é atributo da cidadania, não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição no que encerra, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão¹⁴.

Aspecto particular no exame da matéria pertinente à liberdade de consciência e de convicção política e religiosa envolve as chamadas “organizações de tendência”. Inexiste no direito brasileiro disposição legal aplicável à espécie, mas a doutrina entende que as convicções do empregado, pelo menos no que tange ao exercício das tarefas indispensáveis à atividade empresarial, devem coadunar-se com a ideologia e as crenças perfilhadas pelo empregador.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 199.

¹³ CATHARINO, José Martins. Liberdade de pensamento e situação de emprego de jornalista. In: *Coletânea de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1975, p. 96.

¹⁴ Ac. TST-SDI, Proc. AG-E-RR-4327/85, 1, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, julg. em 06.09.1989. In: *Revista LTr*, São Paulo: 55-08/966, ago. 1991.

Como observa Alice Monteiro de Barros, “nas empresas de tendência, os limites aos direitos fundamentais da pessoa são mais extensos, podendo ser afetadas não só a liberdade matrimonial, mas também a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão”¹⁵. Um professor de estabelecimento de ensino católico pode ser dispensado por justa causa se contrair novas núpcias após ter-se divorciado, por atitude incompatível com a doutrina da Igreja Católica, que considera o casamento indissolúvel. Ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado deve ter conhecimento de que conduta discrepante da orientação religiosa adotada na entidade patronal enseja descumprimento de obrigações contratuais.

A hipótese em foco não é frequente na jurisprudência dos tribunais do trabalho brasileiros, mas pode ocorrer quando estiver em jogo a liberdade de crença e convicção política ou religiosa do trabalhador, em situações de emprego em entidades com periódicos que abraçam determinada orientação política, partidos políticos, igrejas e organizações religiosas e entidades congêneres.

3. Direito à Honra

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, proclama ser inviolável a honra das pessoas. A relação de emprego oferece frequentes oportunidades em que a honra do empregado se expõe a atitudes do empregador lesivas de sua honra.

Em que consiste a honra? Ela se distingue do *honor*, porque este é uma qualidade inerente à pessoa, portanto, independente de opinião pública. De *honor* deriva honorabilidade, qualidade de honrável, significando o digno de ser honrado. A honra é fruto do *honor*, isto é, a estima com que a opinião pública recompensa aquela virtude. Herda-se o *honor*, mas não a honra, porque esta se funda nas ações próprias e no conceito alheio. Honra-se alguém, mas não se lhe dá *honor*. Uma pessoa ilustre honra com sua presença a casa de um amigo, mas, se este não tiver *honor*, não fica por isso mais honrado.

A honra também não se confunde com o decoro, definido como correção moral. O decoro pode ser considerado de modo amplo, que se estende a tudo que é honesto, e de modo restrito, como aquilo que é consentâneo com a natureza humana, como manifestação de moderação e temperança.

Honra é a boa opinião e fama adquiridas por mérito e virtude. Apresenta duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. A primeira é considerada no indivíduo e se reflete no conceito que alguém faz de si próprio. Em sentido objetivo, honra é a reputação, a boa fama, a consideração social com que a pessoa é tratada no meio em que atua. A honra se traduz no sentimento que leva o homem a procurar a boa opinião e fama na estima de seu semelhante, pelo cumprimento de seus deveres e pela prática de boas ações¹⁶.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 111-112.

¹⁶ ROQUETE, J. I.; FONSECA, José da. *Dicionário de sinônimos – poético e de epítetos da língua portuguesa*. Porto: Lello & Irmão, 1949, verbetes *honor*, honra; e honra, decoro, dignidade, p. 277.

Conceito próximo de honra é imagem. Não por outra razão o preceito constitucional (art. 5º, X) os abrange na mesma frase. Em outra passagem, a Lei Maior se refere à imagem (art. 5º, inciso V), para assegurar direito de resposta, além de indenização por dano. O dano à imagem, ou seja, a ofensa à estima pública, é sem dúvida uma espécie de dano moral. Para distinguir honra e imagem, adota-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta – a imagem – é, antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado¹⁷.

A honra é a dignidade que a pessoa realiza em si mesma, refletida na consideração dos demais. Ela assenta na dignidade da pessoa humana e apresenta dois aspectos: o subjetivo (a dignidade experimentada pela própria pessoa) e o objetivo (a reputação desfrutada perante o meio social a que pertence)¹⁸.

A honra do trabalhador pode ser ofendida por atos do empregador em várias ocasiões e em todas as fases da relação de emprego, desde a pré-contratual até a posterior à extinção do vínculo empregatício. O ordenamento jurídico brasileiro protege a honra do empregado em todos esses transes, a começar pelo dispositivo constitucional acima referido (art.5º, inciso X), que proclama a inviolabilidade da honra da pessoa, vale dizer, também do trabalhador engajado numa relação de emprego.

Vale observar, contudo, que a honra constitui direito da personalidade de todos: empregado e empregador têm direito à proteção dispensada pelo ordenamento a todas as pessoas, qualquer que seja a posição jurídica que ocupem, mesmo sendo elas pessoas jurídicas. O preceito constitucional faz alusão a pessoas, sem excluir as pessoas jurídicas. Por tal motivo, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Hoje, a matéria é pacífica porque, nos termos do art. 52 do Código Civil de 2002, “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”. Com razão, Rodolfo Pamplona Filho escreve:

“A legislação jamais excluiu expressamente as pessoas jurídicas da proteção aos interesses extrapatrimoniais, entre os quais se incluem os direitos da personalidade. Se é certo que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu nome e imagem perante o público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência de mercado”¹⁹.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p. 36.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 597.

¹⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 87.

Coerentemente, e em consonância com as noções acima expostas, a Consolidação das Leis do Trabalho leva em conta a possibilidade da prática de ato lesivo da honra praticado quer pelo empregador contra o empregado quer por este contra o primeiro. Na primeira hipótese – aquela em que o agente é o empregador –, a CLT dispõe, no art. 483, alínea *e*, que o empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra ou boa fama. E, em contrapartida, no art. 482, alínea *k*, dispõe que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas pelo empregado contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

A ofensa à honra subjetiva do empregado perpetrada pelo empregador tem sido repudiada pela jurisprudência dos tribunais do trabalho, que a considera motivo justificado para a rescisão indireta do contrato de trabalho e ampara a procedência de pedido de reparação por dano moral. Confirmam-se os seguintes arestos, proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

Caracterização. Dano moral. Ato lesivo à honra. A alcunha “loura burra”. Configuração. Do ponto de vista objetivo, a inexistência, em tese, de ofensa à reputação da empregada não afasta, por si só, a existência do dano, pois tal lesão é de ordem moral, íntima e psicológica, não se confundindo com o dano à imagem, que é de natureza objetiva. Do ponto de vista da honra subjetiva, a alcunha “loura burra” ultraja iniludivelmente a dignidade da empregada. Tal alcunha, ainda que dita a pretexto de brincadeira, é desrespeitosa e efetivamente tange à intimidade moral da trabalhadora. Não se pode mais compactuar com atitudes que venham a reproduzir preconceitos. O aprimoramento da intangibilidade da sensibilidade moral do cidadão constitui produto alvissareiro do desenvolvimento gradativo dos direitos humanos²⁰.

Danos morais. Dispensa imotivada (*sic*) seguida de declaração pública de imperícia da reclamante. Setor de educação. Reflexo negativo perante a comunidade de pais de alunos e no meio profissional. Direito inviolável da personalidade (honra). Indenização. Procedência. O simples fato de a trabalhadora não ter concluído curso universitário da área pedagógica pode justificar a dispensa imotivada (*sic*) pela reclamada, mas não autoriza a declaração pública de que esta circunstância constitui

²⁰ Ac. TRT – 3ª Reg. – 3ª T. – Proc. RO 9371/01, Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior. In: Boletim – doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 3, p. 710-711, jul./set. 2001.

prova inequívoca de sua “imperícia” perante a comunidade de pais e alunos, pois a honra é direito inviolável da personalidade do cidadão subordinado (art. 5º, X, CF). Se o injusto constrangimento sofrido pela reclamante em sua honra subjetiva alcançou uma ampla esfera de publicidade e teve inclusive repercussão negativa em suas relações sociais e profissionais, o fato tipifica de imediato a ocorrência de dano moral e torna imperativa a sua reparação²¹.

4. Direito à Imagem

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, declara inviolável a imagem das pessoas. E, no inciso XXVIII, alínea a, do mesmo dispositivo, assegura, nos termos da lei, proteção à reprodução de imagem e voz humanas.

Trata-se de uma dupla noção: a) imagem-atributo da personalidade; b) imagem-retrato²².

4.1. Imagem-atributo da Personalidade

A primeira noção (imagem-atributo da personalidade) relaciona-se com a intimidade, a vida privada e a honra, tanto assim que reunidas no mesmo preceito constitucional. Revela-se no trato das relações sociais mantidas pela pessoa e se aproxima da reputação. O dicionário Houaiss oferece desta acepção de imagem a seguinte definição: “Opinião (contra ou a favor) que o público pode ter de uma instituição, organização, personalidade de renome, marca, produto etc.; conceito que uma pessoa goza junto a outrem”²³. Dela são titulares tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Quanto à primeira, pode-se dizer: “É boa a imagem do Professor A no Colégio B”. Quanto à segunda, vale lembrar a lição de Alexandre Agra Belmonte: “Atenta contra a imagem da empresa o boato, espalhado pelo empregado, de que o empregador, por exemplo, um banco que necessita ter credibilidade, está em situação financeira difícil”²⁴. No campo específico das Relações Públicas, imagem é o conceito genérico que uma personalidade, empresa, produto etc. apresentam às pessoas, como resultante de experiências, impressões, atitudes, posições e sentimentos.

Atos, gestos, palavras do empregado podem atingir negativamente a imagem da empresa. Reciprocamente – e com muito maior frequência –, ações do empregador podem tentar (e muitas vezes conseguem) prejudicar a imagem do empregado (usa-se inadequadamente o verbo denegrir – denegrir a imagem – mas este uso é condenável, por ser politicamente incorreto).

²¹ Ac. TRT – 3ª Reg. – 4ª T. – Proc. RO 14853/01, Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, *In*: Boletim-doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 4, p. 941, out./dez. 2001.

²² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27-32.

²³ HOUAISS, Antônio; VILLA, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete *imagem*.

²⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

De imagem cabe distinguir intimidade, vida privada, honra, identidade. Quanto à identidade, basta lembrar que a imagem de uma pessoa pode ser usada por outra, sem que seja ferida sua intimidade. O mesmo se diga quanto à vida privada: a imagem, como um signo exterior, pode ser utilizada sem invasão da vida privada em seu aspecto interior. No que se refere à honra, a distinção se torna mais sutil, porque uma agressão à imagem pode atingir a honra subjetiva de uma pessoa, mas o mesmo pode não ocorrer, se se considerar o aspecto objetivo da honra (reputação), que permanece incólume. O direito à honra não absorve o direito à imagem. A aproximação entre imagem e identidade diz respeito a aspectos subjetivos que permitem individualizar uma pessoa, distinguindo-a de outra na multiplicidade de suas características físicas, mentais e sociais.

Não serão analisadas as consequências jurídicas do ato praticado pelo empregado contra a imagem da empresa, pois muito mais interessa ao direito do trabalho a hipótese inversa: ações do empregador contra a imagem do trabalhador.

Ofensa à imagem do empregado pode ocorrer em diferentes oportunidades: na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho e após a extinção do vínculo.

Como lembra João de Lima Teixeira Filho, “o direito à imagem pode ser transgredido antes da celebração do contrato de trabalho”²⁵. Algumas empresas se valem do expediente de consultar as chamadas “listas negras” para verificar se o candidato a emprego é considerado “elemento indesejável”. A chamada lista negra pode converter-se em prática usual na atividade antissindical de maus empregadores, com o intuito de impedir que dirigentes e ativistas sindicais consigam emprego. A lista pode conter também os nomes dos empregados que formulam reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho²⁶.

Durante a execução do contrato de trabalho, frequentemente maus empregadores infligem punições disciplinares desnecessárias ou injustificadas a empregados, a título de represália, o que macula a imagem do obreiro²⁷. Da mesma natureza são certas medidas patronais, como transferências abusivas, ordem para que o trabalhador permaneça em ociosidade deliberada, exerça atividade indigna e promoção vazia²⁸.

Após a extinção do vínculo, registram-se, em grande número, hipóteses concretas em que o ex-empregador fornece informações desabonadoras a respeito de antigos empregados, com o objetivo de dificultar-lhes a obtenção de emprego, em face de sua imagem, por isso, maculada.

A jurisprudência dos tribunais do trabalho tem entendido que as hipóteses acima referidas, de ofensa à imagem do empregado, justificam condenação à reparação por dano moral. A seguir, relacionam-se ementas de alguns julgados que enfrentaram a matéria.

²⁵ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo et al.). 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002, vol. 1, p. 640.

²⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 172-173.

²⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 139.

²⁸ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 52-53.

Dano moral. Todo ato que for comprovadamente lesivo à vida funcional do empregado deverá ser indenizado. O fato de as informações desabonadoras sobre a pessoa do funcionário, levado a conhecimento de fornecedores e clientes, tem cunho de prejuízo, dificultando, inclusive, a que este venha a conseguir novo emprego²⁹.

Indenização por dano moral. A MM. Junta entendeu ser cabível a indenização por dano moral, considerando o fato de que a despedida da obreira se fundou na insuficiência produtiva e má qualidade na prestação dos serviços, o que por si só ensejaria o acolhimento do pleito indenizatório. Tal posicionamento não merece reforma. Efetivamente o Reclamado promoveu a dispensa da obreira sem a necessária motivação e, ainda, sob a pecha de incompetência funcional, o que, a toda evidência, trouxe inevitáveis prejuízos à imagem moral da Reclamante, mormente em se considerando que laborou para o Reclamado por mais de dezoito anos, o que forma um patrimônio abstrato em torno da imagem da trabalhadora eficaz que efetivamente foi maculada. Necessário, portanto, o reconhecimento do dano moral experimentado pela obreira e o seu direito de reparação através da indenização deferida³⁰.

Assédio moral. Configuração. O que é assédio moral no trabalho? É a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias, onde predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um subordinado, desestabilizando a relação de vítima com o ambiente de trabalho e a organização (...). Lutar contra o assédio moral no trabalho é contribuir com o exercício concreto e pessoal de todas as liberdades fundamentais. Uma forma estratégica do agressor na prática do assédio moral é escolher a vítima e isolá-la do grupo. Neste caso concreto, foi exatamente o que ocorreu com o autor, sendo confinado em uma sala, sem ser-lhe atribuída qualquer tarefa, por longo período, existindo grande repercussão em sua saúde, tendo em vista os danos psíquicos por que passou³¹.

²⁹ Ac. TRT-6ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 1590/97, Rel. Juíza Carmem Lapenda. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 7º, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 420, nº 1471.

³⁰ Ac. TRT-9ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 3533/97, Rel. Juiz Arnor Lima Neto. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, cit., v. 7, p. 419, nº 1470.

³¹ Ac. TRT-17ª Reg. – Proc. RO 1142.2001, julg. Em 19.09.2002, Rel. Juiz José Carlos Rizk. In: *Revista de Direito*

4.2. Imagem-retrato

A segunda noção acima indicada (imagem-retrato) diz com a representação da forma ou do aspecto exterior de um ser por meios técnicos (fotografia, cinema, televisão) ou artísticos (desenho, gravura, escultura, pintura). Nesta acepção, a etimologia da palavra *imagem* ajuda a apreender seu significado: deriva do lat. *imago*, formado a partir da raiz *im-*, que induz ideia de imitação. Neste processo de imitação da realidade estão abrangidas também as manifestações exteriores da personalidade, como gestos e expressões.

A proteção à imagem humana, inclusive nas atividades desportivas, é assegurada pela Constituição (art. 5º, inciso XXVIII, alínea *a*). Segundo o disposto no art. 20 do Código Civil, de 2002, salvo se autorizada ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Portanto, abstraídas as hipóteses de autorização, administração da justiça e ordem pública, duas são as hipóteses em que a reprodução da imagem da pessoa pode acarretar a condenação ao pagamento de indenização: 1ª – quando da publicação resultar ofensa à honra; 2ª – quando ela se destinar a fins comerciais. Nesta última hipótese (fins comerciais) não entra em jogo a ofensa à honra. Pressupõe-se que o autor da publicação aufera algum benefício e esta circunstância de natureza objetiva autoriza o retratado a pleitear indenização por dano material.

O direito civil constitui fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8º, parágrafo único). É curial inexistir incompatibilidade entre o preceituado pelo art. 20 do Código Civil e qualquer princípio fundamental do Direito do Trabalho, razão pela qual a regra nele inscrita encontra aplicação no âmbito da relação de emprego. Se o empregador usar a imagem de um empregado em propaganda comercial, sujeitar-se-á ao pagamento de uma indenização³².

A proteção do direito à imagem interessa basicamente a duas espécies de relação especial de trabalho: a dos artistas e a dos atletas profissionais de futebol.

A atividade do artista empregado é hoje regulada pela Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. É certo que o artista pode exercer sua atividade em caráter autônomo ou de forma subordinada. Como empregado, vale dizer, executando tarefas em regime de subordinação jurídica, aplica-se-lhe a Lei nº 6.533. Artista, nos termos do art. 1º da citada lei, é “o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública” (inciso I).

do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 113, p. 230, jan./mar. 2004.

³² GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O direito da personalidade do novo Código Civil e direito do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 133.

O art. 27 da Lei nº 6.533 dispõe que “nenhum artista ou técnico em espetáculo de diversão será obrigado a interpretar ou participar de trabalho passível de pôr em risco sua integridade física ou moral”. Este dispositivo legal protege o direito à integridade moral do artista. A Convenção Internacional para a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas e assinada em Roma, em 1961, foi ratificada pelo Brasil, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965. Integra, portanto, o ordenamento doméstico na posição de lei ordinária. Segundo o preceituado pelo art. 7º da Convenção, a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes compreende a faculdade de impedir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento.

Como afirma Alice Monteiro de Barros, a proteção abrange as diversas facetas da integridade moral do artista, entre os quais se encontra o direito à imagem³³. A mesma autora transcreve ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual foi imposto o pagamento de indenização por dano moral, em virtude da violação de direito à imagem, *verbis*:

Ação de responsabilidade civil. Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus à indenização por danos morais e por ofensa à imagem.³⁴

A atividade dos atletas profissionais de futebol é regulada pelas Leis nºs 6.354, de 2 de setembro de 1976, e nº 9.615, de 24 de março de 1998.

O jogador de futebol é considerado empregado da associação esportiva que utiliza seus serviços profissionais em virtude de um contrato de trabalho, vale dizer, em regime de subordinação jurídica e mediante remuneração.

A ordem jurídica protege o jogador profissional de futebol contra a violação e a exploração do direito à própria imagem.

Quanto ao primeiro aspecto (violação do direito à imagem), escreve Alice Monteiro de Barros:

O atleta tem o direito de se insurgir contra a reprodução de sua imagem lançada no comércio em anúncio de propaganda ou especulação ou sob a forma de figurinhas em envelopes para álbuns, sem a sua autorização (...). Se a reprodução fotográfica da imagem tem finalidade especulativa, impõe-se a aquiescência do interessado, sob pena de a parte beneficiada arcar com o pagamento de indenização pelo dano material³⁵.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 109 e 247.

³⁴ Ap. Civ. 5216/91, 5ª Câ. Civ., Rel. Des. Sergio Mariano. In: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. cit., p. 248.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 249.

A hipótese já foi enfocada pela jurisprudência. A citada autora menciona um julgado proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu naquele sentido³⁶.

No concernente ao segundo aspecto (exploração da imagem do atleta profissional), a proteção jurídica é dispensada pelo art. 42 da Lei nº 9.615, de 1998, que assegura à associação desportiva a que vinculados os atletas “o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem”. O § 1º do mesmo dispositivo garante a porcentagem de 20% (vinte por cento) do preço total da autorização, no mínimo, aos atletas. O valor decorrente da incidência dessa porcentagem é partilhado, em partes iguais, entre os participantes. Trata-se do chamado direito de arena. A lei reserva ao empregador a prerrogativa de negociar a transmissão, mas leva em conta que o desportista profissional é o protagonista do espetáculo e que, em consequência, sua imagem é essencial.

Não se visa à proteção da intimidade nem da vida privada, porque as competições esportivas acontecem em público. Está em jogo o direito à imagem. Por isso, incorreta é a afirmação de que se dá uma “proteção patrimonial”³⁷. A obrigação do empregador, de pagar a quota denominada direito de arena, decorre de um imperativo de justiça retributiva, pois os jogadores tornam possível o espetáculo: por si só, a entidade patronal seria incapaz de proporcioná-lo. Sem o concurso dos atletas, não haveria espetáculo e, em consequência, não haveria o que transmitir. A compensação pecuniária é apenas uma consequência da exploração da imagem decorrente da transmissão. Por isso, o direito de arena é direito assegurado por lei ao desportista profissional de participar do preço da autorização para a transmissão do espetáculo esportivo público com entrada paga, como quer Alice Monteiro de Barros³⁸. Por uma questão de justiça, os protagonistas do espetáculo auferem uma porcentagem que incide sobre o benefício pecuniário obtido pela associação desportiva promotora do evento. Fique claro que o direito de arena deriva da transmissão, não da realização do espetáculo. Por participar da competição esportiva, o atleta já recebe o salário, ínsito ao caráter oneroso da relação empregatícia. O *plus* decorrente da transmissão não tem natureza salarial, embora integre a remuneração, *ad instar* da gorjeta (CLT, art. 457): oportunidade de ganho assegurada ao empregado por força da prestação dos serviços, embora proveniente de terceiros (o consumidor, no caso da gorjeta; o anunciante, no caso do direito de arena).

Transcreve-se a seguir ementa de acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que enfocou a questão do direito de arena:

³⁶ Apel. Civ. 265, 5ª Câm. Civ. julg. em 19.12.1977, Rel. Des. Vieira de Moraes. In: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 249.

³⁷ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo et al.). 20ª ed., São Paulo: LTr, 2002, vol. 2, p. 1028.

³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 250.

Direito de arena. O direito de arena está garantido no art. 5º, XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988, que assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas. Em consonância com esse preceito, o art. 42 da Lei nº 9.615/1998 prevê que as entidades de prática desportiva possuem o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos que “salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, com mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais, participantes do espetáculo ou evento”. Ausente nos autos prova de que as partes tenham convencionado no sentido de retirar do atleta o direito de participar dos ganhos obtidos com a divulgação da imagem dos jogos de futebol que contaram com a sua presença e, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços, a presunção é de que ele tenha participado de todos os jogos do clube, cuja imagem foi produzida ou reproduzida, competindo ao demandado provar possíveis ausências do atleta nos eventos desportivos, o que não se verificou. Assim, defere-se ao atleta, a título de direito de arena, o pagamento da fração de 1/14 (considerando-se o número de atletas que podem participar de um jogo de futebol) do percentual de 20% incidente sobre o preço total das autorizações concedidas pelo Clube, durante todo o período contratual, para transmissão ou retransmissão de imagem de eventos desportivos, conforme se apurar em liquidação de sentença³⁹.

O direito de arena era previsto pela lei de direitos autorais (Lei nº 5.988, de 14.12.1973). Por isso, era considerado um direito “conexo”, “vizinho” ao direito do autor. Todavia, a Lei nº 5.988 foi inteiramente revogada pela Lei nº 9.610, de 1988 (nova lei de direitos autorais), que omitiu a previsão do direito de arena, por entender o legislador não ser apropriada a inserção dessa matéria na legislação pertinente ao direito autoral. Em consequência desses fatos, coube à Lei nº 9.615, de 1988 (Lei Pelé), incluir expressamente o direito de arena na regulação da atividade do atleta profissional de futebol⁴⁰. Não faz sentido, portanto, continuar a qualificar o direito de arena como “conexo” ou “vizinho” ao do autor. O direito de arena não se avizinha do direito do autor, pois, enquanto o primeiro deriva do direito à imagem, o direito do autor emerge como reflexo da personalidade do homem, como criador de obra intelectual. Direitos autorais não guardam pertinência com a exploração da imagem da pessoa.

³⁹ Ac. TRT-3ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 2479/02, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros. In: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 252-253.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 161.

Do exposto, decorre a nítida distinção entre direito à imagem e direito de arena. No primeiro (imagem), o titular do direito é o próprio atleta: trata-se de direito inerente à personalidade, que nasce com a pessoa natural. Daí caber ao atleta, e só a ele, o direito de autorizar a divulgação de sua imagem. Já no segundo (arena), o titular é a associação desportiva, à qual cabe, como empregadora, o direito de explorar a imagem do coletivo dos atletas, assumindo, porém, o encargo de distribuir entre eles a quota correspondente ao valor da autorização para a transmissão do espetáculo.

O direito de imagem, garantido pela Constituição, não possui necessariamente vinculação com o contrato de trabalho do atleta, do que decorre a possibilidade, para qualquer pessoa, de negociar a cessão de sua imagem. Já o direito de arena é previsto por uma cláusula do contrato de trabalho e só se concretiza por força da realização do evento esportivo⁴¹.

As diferenças entre o direito à imagem e o direito de arena estão claramente delineadas no acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região), transcrito adiante:

ATLETA PROFISSIONAL – DIREITO DE IMAGEM X DIREITO DE ARENA – O direito de imagem e o de arena não se confundem para fins de remuneração do empregado. O primeiro se dá pelo uso de uma imagem criada pelo atleta perante a sociedade, direito que lhe pertence e que pode negociar com o clube empregador sua exploração. O segundo, o direito de arena, decorre da obrigatória exploração a que o atleta se submete nas apresentações públicas, pelas quais faz jus ao recebimento de ao menos 20% do valor arrecadado e distribuído entre os atletas. No direito de arena está incluída a exploração da imagem, mas contratos distintos podem ser celebrados para exploração de imagem. A exploração da imagem do atleta, pactuada através do contrato de direito de imagem, decorre de sua condição pessoal, personalíssima (cuja inviolabilidade é assegurada constitucionalmente – art. 5º, X), da “marca” do jogador, e que é cedida durante o contrato de trabalho ao empregador mediante contraprestação pecuniária. A imagem do atleta tem valoração pecuniária maior ou menor, conforme a relevância de sua posição perante o público e a sociedade, o que reverte em proveito do clube que explora a presença do profissional em seus quadros.

⁴¹ SCANDOLARA, Cláudio *et al.* Direito de imagem e direito de arena do jogador de futebol. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HD Editora, nº 333, p. 72 e ss., set. 2011.

5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade

Como se vê, a liberdade de expressão pode colidir com o direito à honra e à imagem. Como solucionar o conflito?

A questão do conflito entre os direitos fundamentais pressupõe a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade.

5.1. O Princípio da Razoabilidade

A ação humana não é regida por esquemas formais abstratos. A solução dos problemas práticos da existência humana pressupõe a lógica do razoável. Como os problemas jurídicos são dos mais relevantes entre os problemas de existência humana, há que se afastar a lógica formal quando se enfrenta problema desta natureza. Trata-se de aplicar a lógica do razoável, compatível com a realidade social na qual atua. O desarrazoado é inaceitável. A lógica do razoável leva em conta a situação pessoal do sujeito atingido pela aplicação da norma. A razoabilidade é aferida em função do conteúdo, não da forma. Uma solução jurídica é razoável quando material ou substantivamente aceitável, nos limites do racional, referenciada ao conceito de aceitabilidade racional, de que fala Aulis Aarnio⁴².

Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade.

Para estabelecer as distinções justificáveis, cabe atentar para as diferenças e semelhanças essenciais existentes na sociedade. Dois critérios são assentados pela doutrina: o primeiro manda atender “à existência de um fundamento razoável, de tal forma que é contrária à igualdade perante a lei a diferença ou identidade de tratamento que não se baseie num fundamento razoável; o segundo critério é o que decorre da existência do arbítrio”, como preleciona Guilherme Machado Dray⁴³.

O que ressalta nesta visão do princípio de igualdade é a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

5.2. O Princípio da Proporcionalidade

O princípio de proporcionalidade não se restringe ao terreno da aferição de razoabilidade das restrições estabelecidas por lei. Ele foi invocado inicialmente para justificar a imposição de restrição a determinados direitos, hipóteses em que se averiguava a adequação dos meios empregados para a consecução dos objetivos

⁴² AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable – la justification en droit*. Trad. Geneviève Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 230 e ss.

⁴³ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 21.

pretendidos. Neste sentido, inspira o princípio da proibição do excesso, de que fala Canotilho⁴⁴. Cuidava-se de aferir a razoabilidade de medidas que acarretam limitações a direitos interferindo na esfera de liberdade das pessoas. As restrições só são admitidas quando apropriadas, exigíveis e aplicadas na justa medida. Estes são os atributos que identificam o *cânon* de proporcionalidade em sentido amplo: a) adequação (*Geeignetheit*) da medida ao fim almejado; b) necessidade (*Erforderlichkeit*) da restrição para garantir a efetividade do direito; c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), que permite a ponderação entre o peso da restrição e o resultado colimado⁴⁵. O princípio de proporcionalidade, como “princípio dos princípios”, atua como “ordenador do direito”, ensejando a composição de conflitos entre as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais. É ele que proporciona uma “solução de compromisso”, pela qual se dá prevalência a um dos princípios em conflito, mais ajustado à hipótese concreta, sem, contudo, anular o outro (os outros), que será afetado em parte mínima, respeitado o “núcleo essencial” em que se aloja o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana. Embora não expressamente reconhecido pelo ordenamento constitucional brasileiro, o princípio de proporcionalidade é insito à formulação teórica da organização do Estado democrático de direito⁴⁶.

A aplicação do princípio de proporcionalidade tem sido condenada por certos doutrinadores, porque apresentaria inevitável caráter irracional e subjetivo. Segundo essa crítica, o princípio de proporcionalidade não comporta aplicação racional. Ele constitui apenas um argumento formal, vazio; é somente uma metáfora, que carece de qualquer ponto de referência objetivo, que apenas oculta as avaliações subjetivas e irracionais do juiz, cuja tarefa, na hipótese concreta, não pode ser explicada nem controlada por meio de critérios jurídicos. Toda aplicação do princípio de proporcionalidade, segundo esta crítica, é arbitrária e incontrolável. Toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não passa de um artifício de camuflagem de uma decisão tomada com base em razões emocionais, políticas ou de qualquer outra índole, porém, em qualquer caso, alheias ao direito.

A objeção, contudo, não convence, porque, ao aprofundar o exame das normas de colisão, o juiz não se limita a declarar que as disposições legais são proporcionadas ou desproporcionadas: desce a minúcias, mediante a exposição das razões nas quais apoia o resultado da aplicação dos três subprincípios acima indicados. Convém salientar que as expressões *proporcionado* e *desproporcionado* revestem evidente força persuasiva: o proporcionado parece ajustado ao Direito, enquanto o desproporcionado tende automaticamente a identificar-se com o injusto ou o indevido. É certo, no entanto, que não basta o emprego dos vocábulos *proporcionado* e *desproporcionado* para que a decisão se tenha por fundamentada.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 259 e ss.

⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*. cit., p. 77.

⁴⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito das obrigações e direitos fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1 (jan./jun. 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 535.

Cabe reconhecer que expressões como proporcionalidade, ponderação e equivalentes não passam de metáforas utilizadas pela linguagem jurídica e, portanto, a racionalidade de seu uso argumentativo não deve depender de sua força persuasiva, mas sim de que estejam amparadas em razões convincentes capazes de angariar uma aceitação generalizada e em critérios analíticos plausíveis⁴⁷.

6. Solução do Conflito de Direitos

A colisão de direitos fundamentais se soluciona mediante a determinação da prevalência de um em face de outro. Como leciona Canotilho, “uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro”⁴⁸.

O conflito entre regras jurídicas se resolve no plano da validade. Uma das regras há de ser considerada inválida. A solução do conflito se dá mediante aplicação das regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, vale dizer, por invocação dos critérios de cronologia ou de especialidade.

Já a colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada de maneira diversa. Quando dois direitos entram em choque, um deles deve ceder perante o outro, mas isso não significa que o direito afastado seja declarado inválido. Diante das circunstâncias do caso concreto, um dos direitos prevalece sobre o outro. A solução da colisão de direitos não exige a declaração de invalidade de direito afastado, tal como ocorre quando se trata da colisão de princípios: como afirma Robert Alexy, nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prima o princípio com maior peso, ou seja, na colisão de princípios, afasta-se o critério de validade e entra em jogo o critério de peso, pois o conflito é solucionado através de uma ponderação dos interesses opostos. Nessa ponderação, cuida-se de apurar qual dos direitos, abstratamente da mesma hierarquia, possui maior peso no caso concreto⁴⁹.

Com esta hipótese não se confunde aquela em que a solução do conflito entre direitos fundamentais é dada pelo próprio legislador, como ocorre quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Por exemplo: o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações pode ser violado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Constituição de 1988, art. 5º, inciso XII; Lei nº 9.296, de 24.07.1996); a liberdade de expressão e de informação (Constituição, art. 5º, IX) é disciplinada pela Lei nº 5.250, de 09.02.1967 (Lei de Imprensa); o direito à privacidade (Constituição, art. 5º, X) é protegido pela Lei nº 7.232, de 1984 (Lei de Informática), que regula o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados. Nestes casos, observada a reserva de lei, a solução do conflito é dada pelo próprio legislador.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 163-171.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1140.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89-90.

Não é o que ocorre, na prática, na maior parte dos casos, em que o exercício de um direito fundamental por um titular colide com o direito fundamental de outro titular, como, por exemplo: a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, não sujeita à censura ou licença (Constituição, art. 5º, IX), pode colidir com outro direito assegurado pela Constituição, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (Constituição, art. 5º, X). Nestes casos, em que a colisão de direitos fundamentais não está confiada à reserva de lei, “a solução fica por conta dos juízes ou tribunais”, como esclarece Edilson Pereira de Farias⁵⁰.

No caso específico da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem, José Luís Concepción Rodríguez assim se expressa:

Caso se produza uma colisão entre o direito à honra e à liberdade de expressão, faz-se necessário proceder à ponderação do valor de cada um desses direitos em jogo, segundo as circunstâncias de cada caso, verificando mediante essa ponderação se a intromissão na honra é ou não justificada no exercício da liberdade de expressão⁵¹.

Sem dúvida, a solução do problema da colisão entre direitos fundamentais se dá pela utilização da técnica da ponderação.

A etimologia do vocábulo *ponderação* indica que ele deriva do lat. *pondus*, *ponderis*, que significa basicamente peso, carga. Este substantivo é cognato de *pendo*, *pendere*, verbo que se traduz por pesar, ponderar, examinar, estimar. Ponderar equivale, portanto, a sopesar, a avaliar, a estimar comparativamente⁵². São ponderados os direitos em presença, prevalecendo um deles perante o outro, diante das circunstâncias do caso concreto. Fica claro, desde logo, que, como leciona Vieira de Andrade, “a solução dos conflitos (...) não pode ser resolvida através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia hierárquica dos valores constitucionais”⁵³.

A última observação merece atenção especial, porque certa corrente doutrinária defende a existência de uma hierarquia interna no subsistema que, em caso de colisão entre direitos, “devem prevalecer aqueles direitos que protegem o indivíduo e sua dignidade, que mais contribuem para o pleno desenvolvimento de sua dignidade, que se possam aplicar a um número mais amplo de titulares, que satisfaçam necessidades radicais”⁵⁴.

⁵⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.

⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 204.

⁵² Pendo, In: ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4ª ed., Paris: Klincksieck, 2001, p. 494.

⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição*, cit., p. 312.

⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 380 e 595.

Inaceitável, porém, é esse alvitre. Inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais, pois estes devem ser entendidos sob uma compreensão coexistencial: todos contribuem coordenadamente para alcançar os fins existenciais da pessoa e todos, cada qual em sua medida, caminham na mesma direção⁵⁵. Não se pode afirmar que algum direito tenha valor hierárquico superior aos demais, *prima facie* em abstrato. A primazia de um direito fundamental sobre outro, em caso de colisão, não pode ser nunca resolvida mediante ponderação em abstrato, mas somente em face das peculiaridades do caso concreto.

Diante da colisão de direitos, cabe ao intérprete avaliar as razões a favor de um e de outro, a fim de achar o ponto de equilíbrio entre ambos, que seja mais apropriado para o caso concreto. Há, é certo, o risco de cair no puro subjetivismo, que leva a decidir de acordo com as preferências pessoais de cada intérprete. Para conjurar esse risco, a técnica da ponderação deve preencher três requisitos.

Em primeiro lugar, é necessário proceder a uma cuidadosa análise das características do caso em exame, tanto em seus aspectos fáticos como jurídicos, cuidando que a solução possa ser encontrada sem que se sacrifique um valor em face do outro. Deve ser levada em conta a fórmula conhecida como navalha de Occam: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Os seres não devem ser multiplicados além do necessário (nos raciocínios, nas hipóteses).

Em segundo lugar, é preciso determinar qual dos dois direitos é mais digno de proteção, e para evitar a tentação do mero subjetivismo, a escolha deve ser feita não em abstrato, mas sim diante do caso concreto. Para tal fim, há que se determinar o grau em que cada um dos valores em jogo está afetado, dando-se prioridade àquele que revelar aspectos mais próximos ao seu núcleo central de significado.

Em terceiro lugar, cabe lembrar que a técnica da ponderação não dá respostas em termos de sim ou não, porém de mais ou menos. O resultado da ponderação não será necessariamente a prioridade absoluta de um dos valores à custa do completo sacrifício do outro: mediante a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, busca-se encontrar o justo ponto de equilíbrio entre os valores colidentes, de tal maneira que o valor ou bem jurídico sacrificado o seja unicamente na medida necessária para dar efetividade àquele ao qual foi dada prioridade⁵⁶.

Fica claro, em consequência, que o uso da liberdade de expressão por alguém encontra limite nos direitos reconhecidos pela Constituição e, especialmente, no direito à honra, à intimidade e à imagem de outrem.

Por outro lado, cumpre observar que a ponderação de interesses também depara com o limite constituído pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: existe um "conteúdo mínimo", que não pode ser violado nem pelo

⁵⁵ DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre derechos fundamenales?* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 377.

⁵⁶ Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª ed., Cizur Menor: Thomson, 2005, p. 52-54.

legislador nem pelo intérprete⁵⁷. Por força do princípio de proporcionalidade, a restrição deverá respeitar a garantia de um núcleo absoluto, inviolável, a partir do qual a ingerência no direito fundamental não poderá ultrapassar a medida do que seja adequado e necessário, devendo ser fulminada por inválida caso implique o esvaziamento do direito ou interesse em foco⁵⁸.

O valor básico que preside ao labor de criação e interpretação jurídica reside na dignidade da pessoa humana, que representa, sem dúvida, um “*prius* lógico e ontológico para a existência e especificação” dos direitos fundamentais⁵⁹. Este valor é estimado por doutrinadores como o “epicentro axiológico” do ordenamento constitucional⁶⁰, como o “ponto arquimédico do Estado de direito”⁶¹, como o “consenso axiológico-normativo” que obriga ao respeito da pessoa-valor⁶², mas também serve de farol a guiar o aplicador do direito na difícil tarefa de limitar o exercício de um direito fundamental em caso de colisão de direitos, como se lê na “explicação” do Presídio ao art. 1º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000⁶³.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.111.

⁵⁸ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996, p. 146.

⁵⁹ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona*. Madri: Dykinson, 2010, p. 286.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 59.

⁶¹ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Ob. cit., p.102.

⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p. 47.

⁶³ CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (*sous la dir.*). *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2002, p. 274.

Negócios Processuais – Neoprivatismo ou Democracia Processual?

Procedural Conventions – Newprivatism or Procedural Democracy?

Bruno de Sá Barcelos Cavaco*

Sumário

1. Negócios Processuais, Processo Cooperativo e o Novo Código de Processo Civil. 2. Para Além da Dicotomia Publicismo x Privatismo. Negócios Processuais, Democracia Processual e Adequação Procedimental. 3. Negócios Processuais. Um Velho Conhecido? 4. Limites aos Negócios Processuais 5. Perspectivas e Expectativas. Referências Bibliográficas.

Resumo

Este ensaio procura fazer uma breve análise acerca da previsão expressa pelo Novo Código de Processo Civil dos denominados negócios processuais (típicos e atípicos) e sua interface com o modelo cooperativo de processo. De igual modo, tenciona-se examinar se a figura dos negócios processuais, tal como erigido pela novel legislação processual, encerra uma medida neoprivatista, ou, ao revés, encerra uma liberação do paternalismo da jurisdição estatal brasileira, fomentando a consolidação de uma verdadeira democracia processual.

Abstract

This paper aims at analyzing the prediction expressed by the New Code of Civil Procedure of so-called procedural conventions (typical and atypical) and its interface with the process cooperative model. Similarly, it is intended to be examined whether the figure of procedural conventions, as erected by the new civil procedure code, contains a newprivatism measure, or, in reverse, contains a release from the paternalism of the Brazilian state jurisdiction, promoting the consolidation of a true procedural democracy.

Palavras-chave

Negócios Processuais. Neoprivatismo. Democracia Processual. Processo Cooperativo. Participação. Contraditório. Novo Código de Processo Civil.

* Mestrando em Direito Processual pela Uerj, Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Keywords

Procedural Conventions. Newprivatism. Procedural Democracy. Cooperative Process. Participation. Adversary Proceeding. New Civil Procedure Code.

1. Negócios Processuais, Processo Cooperativo e o Novo Código de Processo Civil

De início, por mais que possa parecer *óbvio ululante*¹, não se pode afastar do impositivo mantra e de todas as suas necessárias implicações práticas e teóricas: Estamos diante de um *Novo Código de Processo Civil!*

Não se trata de mera reforma do velho, do antigo!

Mesmo percorrendo trilhas de obviedade, não há que se envergonhar de proclamar o óbvio: *Há uma nova ideologia, uma nova maneira de se compreender o processo civil pela cogente lente constitucional.*

A libertadora e mandatária quebra paradigmática encontra em CAPRA² certa justificação, tal como se infere da seguinte passagem: *"The shift of paradigms requires an expansion not only of our perceptions and ways of thinking, but also of our values"*.

No mesmo diapasão, BERIZONCE³ assinala que a transformação do pensamento jurídico passa, fundamentalmente, por duas vertentes: a) uma renovação metodológica, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa; b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro instrumento de transformação social, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção.

Dito isso, edificadas tais balizas e contextualizando a temática *sub examen*, revela-se mister, desde logo, tecer nodais considerações acerca de qual é o *locus* epistêmico-normativo em que se insere o instituto dos negócios processuais⁴.

Isto é, que modelo processual é esse onde as partes serão instadas a cooperar entre si em busca da formatação de um procedimento adequado à natureza casuística do direito material⁵?

¹ Esse foi o título dado por Nelson Rodrigues a uma seleção de crônicas, originalmente publicada como *Confissões*, nas páginas do jornal *O Globo*, entre novembro de 1967 e agosto de 1968, como esclarece Ruy Castro, na introdução a uma reedição dessa obra – RODRIGUES, Nelson. *O Óbvio Ululante: Primeiras Confissões (Crônicas)*, Org. Ruy Castro, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, (Obras de Nelson Rodrigues, 3) p. 11.

² CAPRA, Fritjof. *The concept of paradigm and paradigm shift*. ReVision, Bd, vol. 9, 1986.

³ BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a La justicia*: prólogo de Mauro Cappelletti.

⁴ Utilizar-se-á nesse ensaio a denominação "negócios processuais" como expressão linguística do fenômeno em testilha. Encontram-se em doutrina outras definições terminológicas que, a par de pontuais diferenciações, encerram *tout court* o mesmíssimo instituto.

⁵ Marina França Santos bem anota que em relação ao atual regime processual brasileiro "no paradigma processual civil brasileiro são excepcionais e restritas à autorização legal as hipóteses em que é possível às partes disporem sobre o procedimento que as rege no curso de um processo. Trata-se de premissa que

Sem rodeios, o processo cooperativo se descortina como a sede adequada para o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais, os quais, diga-se, desde logo, não encerram ineditismo na legislação processual pátria (conforme será visto com vagar em tópico adiante).

Nessa senda, o princípio da cooperação fora erigido como norma fundamental processual pelo art. 6º, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015⁶), sancionado no último dia 16 de março de 2015 pela Presidência da República.

O referido dispositivo prescreve que *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

Parece, pois, por qualquer ângulo interpretativo que se examine a questão, inexistirem dúvidas quanto à eleição do modelo cooperativo de processo pelo Novo Código de Processo Civil, em uma emblemática superação da linear dicotomia entre publicismo e privatismo processual.

Pois bem.

O modelo cooperativo, de acordo com MITIDIERO⁷, parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.

PINHO e ALVES⁸ frisam que o direito português foi o primeiro a consagrar o princípio da cooperação de forma expressa em sua legislação processual. O art. 266º, 1º, da revogada codificação lusitana estabelecia uma espécie de cláusula geral de cooperação.

O Novo Código de Processo Civil Português, aprovado pela recentíssima Lei nº 41, de 2 de junho de 2013, manteve o dispositivo que normatiza o princípio da cooperação, com a mesma redação, porém em nova e adequada topografia, qual seja, no título referente aos princípios fundamentais do processo civil.

A topologia sob comento não poderia ser mais apropriada (assim como sói ocorrer com a novel legislação processual brasileira), vez que o princípio da cooperação espri sua normatividade em direção à garantia da participação procedimental, a qual pressupõe o exercício do contraditório participativo pelas partes.

encontra respaldo em uma visão de processo ainda não inteiramente confortável com a radicalização do postulado democrático da participação e nitidamente autocentrada em uma ideia de causalidade necessária entre a existência de regras heterônomas e a segurança jurídica, o que não se coaduna mais com a conformação do direito no século XXI”. SANTOS, Marina França. Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 95-108.

⁶ Aliás, andou bem o Novo Código de Processo Civil ao explicitar textualmente as garantias fundamentais processuais, conforme se infere do Capítulo I (*Das Normas Fundamentais do Processo Civil*), do Título Único, do Livro I, da Parte Geral.

⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; vol. 14.

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A Cooperação e a Princiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 12, nº 12, 2013.

O contraditório⁹, novamente, adquire vivaz relevo, afigurando-se, pois, a partir de uma concepção dinâmica, em adequado instrumento para a viabilização do diálogo humano e da cooperação procedimental, a qual, implica, por seu turno, a necessária previsão de direitos e deveres de conduta para os envolvidos.

Afinal de contas, o contraditório se perfaz no elemento normativo estrutural da comparticipação, viabilizando, assim, o policentrismo procedimental.

Na sempre vanguardista pena de CALMON DE PASSOS¹⁰, “a luta civilizatória é no sentido do vetor emancipação. Em nível macro, ou se politiza para se juridicizar ou retrocedermos à barbárie. Em nível micro, ou se bilateraliza (contraditório) e se controla a decisão jurisdicional ou se instaura o mais intolerável dos árbitros”.

Dissecando os modelos normativos de democracia vivenciados pelas sociedades pós-modernas, ao verbalizar sua versão ético-procedimental, HABERMAS¹¹ capturara a essência ontológica da cooperação ao bem dizer que “espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados”.

Esse é o ponto de partida para se compreender a cooperação, cuja premissa fulcral é a comparticipação responsável, externalizada por meio da adoção de genuínas posturas republicanas.

A cooperação, portanto, assume papel de relevo na conformação do atuar das partes, de modo a estabelecer os pilares para um verdadeiro modelo procedimental cooperativo, marcadamente caracterizado pela comparticipação, lealdade e boa-fé.

Nesse quadro, a noção de boa-fé objetiva¹²¹³ também cumpre relevante funcionalidade direcionada a impregnar de eticidade o comportamento exercido pelas partes.

⁹ Em consonância com a *mens legis* de explicitamento dos princípios constitucionais processuais, o contraditório se apresenta (expressa ou tacitamente) em 03 (três) dispositivos dentro da topografia das *Normas Fundamentais do Processo Civil*, quais sejam:

“Art. 7º: É assegurada às partes 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;

Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, vol. 36, p. 39-53, 1995.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

¹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Op. cit.* Segundo os autores, “na acepção objetiva, a boa-fé pode ser entendida como norma ou regra de conduta, a qual denota um *standard* de comportamento correspondente àquilo que possa ser razoavelmente esperado do homem médio em suas relações sociais, dadas, logicamente, as particularidades da situação concreta”.

O princípio da boa-fé encontra guarida na legislação processual civil pátria, mais especificamente no art. 14, inciso II, Código de Processo Civil, o qual determina que as partes procedam com lealdade e boa-fé.

Ou seja, a boa-fé, a lealdade e a alteridade¹⁴ devem permear a conduta das partes, tudo com vistas à construção do direito vivo no espaço processual.

Registre-se, por oportuno, que o princípio da cooperação não deve ser encarado como mera exortação às partes, importando sim em correlatas cominações, como sói ocorrer precipuamente nos países da *common law*¹⁵.

No direito processual inglês, a emblemática expressão *cards on the table approach*¹⁶ bem ilustra a cooperação que se espera das partes.

Para além do dever genérico de cooperação, o qual se espriai a todos os sujeitos processuais, a melhor doutrina lusitana destaca ainda a previsão de deveres específicos resultantes da incidência do princípio da cooperação.

De acordo com TEIXEIRA E SOUZA¹⁷, a cooperação implica em deveres impostos às partes e aos juízes. Quatro deles são direcionados ao magistrado, quais sejam, os poderes-deveres (ou deveres funcionais) de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio. E outros dois são destacados às partes: o dever de litigância de boa-fé e o de esclarecimento.

Em *terrae brasilis*, DIDIER JR.¹⁸ bem diagnostica que o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Segundo o festejado autor, o modelo cooperativo “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”.

E prossegue o mestre baiano ao pontificar com a peculiar argúcia que:

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo

¹⁴ PROUDHON vislumbra a justiça sob a ótica da reciprocidade – como a faculdade de reconhecer, em nós mesmos e no outro, uma idêntica dignidade. PROUDHON, Pierre-Joseph. *La justice dans La Révolution et dans l’Église. In: Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998. *apud* ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 360.

¹⁵ Nesse particular, a partir da experiência norte-americana da *discovery* pré-processual, colhe-se o teor da Regra 68 das *Federal Rules of Civil Procedure*, o qual impõe que a parte que não aceitara o acordo arque com as custas processuais caso o resultado do processo não iguale ou supere o que lhe adviria da aceitação da proposta recusada

¹⁶ ZUCKERMAN, Adrian. *Learning the facts – discovery*. In: CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (Coords). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007, p. 208.

¹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997 *apud* GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo Cooperativo: O contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 53.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*. 2011. p. 213-225.

órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

A esta altura impende, pois, (re)pontificar que a interpretação dos modelos processuais não pode ficar infensa à cogente normatividade constitucional.

Assim, conforme recorda PINHO¹⁹, grandes expoentes do direito processual mundial²⁰ já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore, e o direito processual é um de seus ramos.

Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional²¹.

Nas precisas palavras de MITIDIERO²²:

o regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais trouxe inegável contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil. A teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais constitui aspecto que já não se pode mais ignorar no momento da aplicação do processo civil.

E arremata o eminente autor gaúcho ao afirmar que:

Pensar o processo civil sem esses generosos aportes oriundos do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é a forma histórica do direito do nosso tempo, tal como fora o 'Código' a forma histórica da legislação, por excelência, do século XIX) significa mantê-lo refém de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil, em suma, às determinantes culturais de nossa época.

Tal fecundo fenômeno não passou despercebido ao olhar atento de abalizada doutrina pátria.

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). A Nova Lei de Mediação Brasileira. Comentários ao Projeto de Lei nº 7.169/14. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume Especial, disponível em: <http://www.redp.com.br>.

²⁰ Por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974; CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973; TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 2ª ed. il Mulino, Bologna, 1998; MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso – la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

²¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²² MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 47.

Em obra paradigmática, ao construir o conceito ideal de *formalismo-valorativo*, OLIVEIRA²³ estatui que:

Mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo na fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características. Daí a ideia, substancialmente correta, de que *o direito processual é o direito constitucional aplicado*, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.

No mesmo diapasão, CAMBI²⁴ confere à constitucionalização das garantias fundamentais aplicadas ao processo a etiqueta de *neoprocessoalismo*.

Impende assinalar, por oportuno, que as ideias em comento não se confundem com corrente processual chamada *instrumentalidade do processo*²⁵.

A visão instrumental de processo coloca a jurisdição como epicentro de toda a teoria do processo civil, ao passo que a abordagem neoprocessoal insere a democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo²⁶.

Em suma, atualmente Constituição e processo atuam em uma relação de interdependência²⁷, pois é dela que se extraem importantes princípios processuais, ao passo que, por meio destes, a instrumentalidade processual se coloca como meio de concreção dos direitos fundamentais estampados na tessitura constitucional²⁸.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, nº 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

²⁵ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁶ MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 48/49. O referido autor bem identifica que "a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. (...) Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais".

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269.

²⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: *Polêmica*

Com efeito, o irreversível influxo constitucional, permeado pela ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos comparticipativos (e não necessariamente judicializados) sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

A simbiose entre direito e legitimidade, vista a partir de uma compreensão procedimentalista do direito²⁹⁻³⁰ (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o denominado princípio do discurso, por meio da cogente principiologia constitucional³¹.

Dito isso, voltando à atenção ao modelo cooperativo de processo, não se está aqui a empreender uma visão romântica, esperando que as partes andem de mãos dadas rumo ao desfecho da contenda.

De outro lado, não se compadece com o Estado Democrático de Direito a superada visão carnelutiana de que o processo é apenas um jogo.

Nesse particular, conforme ensina GREGER³², afigura-se equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social.

Especificamente no que pertine à atuação das partes, sustenta o autor alemão que o princípio da cooperação não supõe o dever de que elas ofereçam o seu processo em íntimo companheirismo.

Porém, adequadamente compreendida, a exigência de cooperação faz com que elas participem e discutam uma gestão adequada do processo pelo juiz.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação e comparticipação entre as partes que compõem a relação processual.

Esse, pois, o sentido que deve permear a compreensão acerca da cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade³³”.

sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenechler, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 216. O eminente autor pontifica que “no paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos”.

³¹ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em: 16 out. 2014.

³² GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista dos Tribunais online*. vol. 206/2012, abr. 2012.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Tradução: Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um *Juiz Hércules*, é deslocado para uma comunidade deliberante³⁴.

Do ponto de vista de OST³⁵, o juiz do Estado Democrático de Direito é um juiz *Hermes*, o deus da pacificação, um intérprete, um porta-voz do Direito. Um verdadeiro agente fomentador da comunicação intersubjetiva em busca do consenso.

Portanto, como modelo de gestão do processo, a cooperação rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro de sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática do Estado Constitucional.

Com efeito, na pós-modernidade, o processo representa o *mini locus* para a sempre inacabada construção cotidiana da democracia substancial.

E, nessa toada, o processo cooperativo, expungindo qualquer carácter de paternalismo, insta às partes que se dispam de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsabilmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais³⁶.

Aliás, nessa perspectiva, a eficácia direta das garantias fundamentais impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade.

Em necessário arremate, o processo deve ser encarado atualmente como o produto da cooperação entre partes e o Estado Juiz, na realização dos direitos fundamentais e na garantia do processo justo, o qual, decididamente, não pode desconsiderar a força jurígena da liberdade das partes.

Ou seja, busca-se enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas³⁷, mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constituídos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes.

³⁴ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, p. 157-170, set. 2007.

³⁵ OST, François et al. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, vol. 14, p. 169-194, 1993.

³⁶ Em passagem inesquecível, HABERMAS rememora que: "A justificação da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. Dessa forma espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados." HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 39-53.

³⁷ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, nº 3, p. 861-880, 1958.

2. Para além da Dicotomia Publicismo x Privatismo. Negócios Processuais, Democracia Processual e Adequação Procedimental

À toda evidência, a temática afeta aos negócios processuais (acordos ou convenções processuais) será uma das de maior relevo com o início de vigência do Novo Código de Processo Civil, vez que tenciona romper com uma consolidada cultura processual de inibição do autorregramento da vontade.

Fato é que ao permitir o redesenho procedimental pelas próprias partes, os negócios processuais contribuem para a efetivação de pautas emancipatórias no espaço do processo.

Nesse viés, a cláusula geral de acordo procedimental (ou de atipicidade dos negócios processuais) estabelecida pelo art. 190 do Novo Código de Processo Civil³⁸ revoluciona o paradigma atual ao permitir o aprofundamento da participação das partes no processo³⁹.

Em boa companhia, na vanguardista pena de CALMON DE PASSOS⁴⁰, tem-se que:

Daí filiar-me aos que colocam como princípio diretor de seu pensar que a condição humana pede o entendimento de que o processo histórico tem como objetivo a concretização do máximo de emancipação e do mínimo de regulação, o que implica no máximo de soluções não estatais dos conflitos de interesses, vale dizer, o amadurecimento das instituições sociais favorecedoras da solidariedade e da cooperação entre os homens, ao invés de estimuladoras da competição e dos conflitos.

³⁸ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

³⁹ Consoante afirma o mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, expoente do marco teórico do formalismo-valorativo, revela-se “fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo, por consequência, inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, objetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do Juiz e a Visão Cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. Cit.* p. 133.

Nessa linha, conforme bem anota CABRAL⁴¹, a implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.

Com o desenvolvimento da democracia deliberativa, os procedimentos judiciais inarredavelmente passam a ser compreendidos como uma sede em que, para fins de produção da norma concreta a ser aplicada no caso, *os indivíduos devem ser tratados como participantes ativos do debate processual, coprodutores da norma da sentença.*

Parece, pois, ser este o flanco adequado para o entendimento de que os negócios processuais são autênticos instrumentos de coprodução da norma pelas próprias partes.

E, colocadas as coisas nos seus devidos lugares, tal visão não encerra qualquer postura neoprivatista (tal como nominada por BARBOSA MOREIRA⁴²), enclausurada em uma linear dicotomia publicismo x privatismo que não mais se justifica hodiernamente.

Com efeito, a previsão quanto à disponibilidade (regrada) das partes em matéria processual exige novas condutas dos sujeitos processuais, para além de uma contraposição oca entre concepções puramente publicistas e privatistas⁴³ do fenômeno processual.

O devido processo legal deixa, pois, de ser concebido sob um viés puramente liberal do fenômeno jurídico, passando a ser informado e impregnado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica e substancial, de modo a ser visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento⁴⁴.

Nessa toada, XAVIER⁴⁵ destaca que a técnica de flexibilização acarreta uma dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais, para permitir que as partes tenham uma maior contribuição sobre a gestão do processo, sendo certo que esses fatores devem ser bem equacionados para que não haja uma superposição de interesses, vontades ou de atos entre os sujeitos processuais.

Ademais, do mesmo modo que as partes têm de se adaptar ao ativismo judicial, os juízes também devem ser mais tolerantes com os mecanismos processuais que autorizam maior disponibilidade procedimental pelas partes.

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil*, 2005.

⁴³ Para a abordagem da questão no direito comparado, por todos, *vide*. AROCA, Juan Montero (Coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

⁴⁴ "A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substituiu os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias". (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31-32).

⁴⁵ XAVIER, Trícia Navarro. Convenções em Matéria Processual. *In: Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 489-516.

A eminente magistrada capixaba⁴⁶ ainda nos traz notícias acerca do regramento da matéria nos principais países europeus filiados à família da *civil law*.

Em terras tedescas, o Código de Processo Civil conhecido como ZPO e em vigor desde 1879, embora de alta qualidade técnica e sobrevivente de várias mutações sociais, políticas e econômicas, seguindo a tendência de outros sistemas jurídicos, efetuou relevante reforma processual em 2002, introduzindo modificações na gestão da lide civil, para assegurar uma justiça mais acessível.

A reforma fortaleceu o impulso formal e material do processo, dando mais protagonismo de direção ao juiz. *Adotou-se, ainda, um sistema processual mais flexível, com capacidade de adaptação às características singulares da causa, autorizando a estipulação de “contratos processuais” pelas partes.*

Na própria Itália, berço da tradição processual publicista, o denominado *acordo de procedimento* foi instituído pela reforma legislativa em 18.06.09, quando da edição da Lei n° 69/2009, que promoveu diversas alterações no *Codice di Procedura Civile*, buscando a efetividade e a melhora na qualidade e no funcionamento da justiça.

Com isso, alguns institutos foram remodelados, com o aperfeiçoamento de relevantes técnicas processuais, oportunidade em que se instituiu o calendário do processo⁴⁷, inspirado no contrato de procedimento do direito francês, em que o juiz, junto com as partes e após a fixação dos pontos controvertidos e a definição dos meios de prova requeridos pelos litigantes, faz uma estimativa temporal do procedimento, de acordo com a urgência e a complexidade da causa.

Em França, a possibilidade de modificação contratual do procedimento, o denominado *contrat du procédure*⁴⁸, foi estabelecida no Decreto 2005-1678 de 28 de dezembro de 2005, passando a adotar um processo mais fluido e elástico, capaz de se modelar para atender às particularidades da causa, tendo como protagonista o juiz.

De outro lado, iniciou-se no direito francês um movimento, traduzido na necessidade de existência de um modelo jurídico negocial, ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado. Como consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes, tema este aparentemente (e apenas aparentemente) paradoxal com o processo, que é um desacordo.

⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

⁴⁷ Negócio Processual típico com inédita previsão na legislação processual brasileira, conforme se infere do art. 191, do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”.

⁴⁸ CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue française d'administration publique*, nº 1, p. 133-150, 2008.

Harmonizou-se, assim, o princípio da cooperação com o princípio do contraditório, normas estas que direcionam as técnicas contratuais. Esses contratos, por sua vez, podem revelar-se de várias formas e momentos, como as convenções que visam evitar o processo, as que ocorrem durante o processo, os acordos relativos ao juiz, entre outros.

A flexibilização procedimental, de igual modo, vem sendo adotada em diversos outros países, descortinando inequívoca tendência mundial⁴⁹.

Feita esse breve incursão ao direito alienígena, interessante notar que o maior expoente do publicismo processual brasileiro, BARBOSA MOREIRA⁵⁰, em seu peculiar vanguardismo, desde 1982, já havia se debruçado de forma minudenciada sobre a questão dos negócios processuais celebrados pelas partes.

Nominou-os de convenções processuais, pontificando que a vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, concebendo-se também que as partes queiram criar a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual, como não recorrer, desistir do recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação e da execução.

Ainda, estabeleceu conclusões solares no que pertine ao regime jurídico aplicável aos negócios realizados fora do âmbito processual.

Como visto, perfeitamente possível se inferir que, mesmo sob um olhar publicista acerca do fenômeno processual, há que se conceber um espaço mínimo para o exercício da convencionalidade pelas partes.

Em acurada radiografia sobre o tema, GRECO⁵¹ bem emoldura o subjacente debate ao pontificar que a concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados.

Em outras palavras, há que se caminhar em direção a um equilíbrio entre os poderes do juiz e os poderes dispositivos das partes. Na trilha de GRECO⁵², soa como clarividente a advertência de que a cooperação e o diálogo humano devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo.

⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito Processual*, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89 e s.

⁵¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. In: MEDINA, José Miguel García et al. (Coords.). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

⁵² GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 28.

Exige *pari passu* o mútuo reconhecimento das posições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da consequente solução mais adequada possível da causa.

Sob o viés hermenêutico, a vetusta dicotomia publicismo *versus* privatismo também não mais se justifica sob os influxos do Estado Democrático de Direito, vez que a necessária abertura interpretativa à participação pressupõe a substituição do sujeito solipsista pela intersubjetividade dialógica.

Em feliz síntese, RODRIGUES⁵³ assevera que “o processo não pode ser visto de uma forma privatista, como coisa das partes, que estariam livres para atuar, com singela direção da relação pelo juiz. Da mesma forma, o processo não é atividade puramente do juiz, que, se assim fosse, dirigiria o desenvolvimento daquele sem qualquer intervenção dos jurisdicionados. O processo é um ambiente de diálogo humano entre partes e juiz, devendo este observar as garantias constitucionais e procurar conceder uma prestação jurisdicional justa”.

Como visto, na atual quadra histórica, não se pode concordar com as críticas que a figura dos negócios processuais, tal como erigido pela novel legislação processual, encerrariam uma medida neoprivatista⁵⁴. A tutela endoprocessual da liberdade e a edificação de pautas emancipatórias no espaço processual seguramente não se transmudam em valores menores e, muito menos, representam ameaças aos escopos da jurisdição.

Conforme se verá com mais vagar em tópico seguinte, o denominado autorregramento da vontade, na sua relação e interface com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que lhe é deixado no âmbito do direito privado.

Apesar disso, ao menos no direito brasileiro, parece inquestionável, a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir a participar na construção da atividade procedimental, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura neoprivatista do processo.

Bem ao revés!

A propugnada desconstrução dos lineares antagonismos publicismo x privatismo e liberalismo processual x socialização processual liberta o processo de estigmas vazios que não lhe conferem qualquer robustez dogmática, metodológica e muito menos democrática.

Nesse particular, com a habitual precisão, NUNES⁵⁵ afirma que:

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção de corresponsabilidade social e política de todos

⁵³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Revista Síntese de Direito Civil, 2005.

⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 198.

os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.

Prosegue o eminente autor mineiro ao pontificar que:

Impõe-se superar a dicotomia de posições doutrinárias que ora acredita e defende como protagonistas do processo as partes e advogados, visualizando-o como mero instrumento de que os particulares se valem para resolver pacificamente as suas controvérsias (liberalismo processual), e ora analisa o processo como instrumento de bem-estar social que interessa a toda a coletividade e que, por isso, deve ter como figura central o juiz (socialização do processo).

Conforme grifado didaticamente por NUNES, a superação pela democratização processual necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções.

Essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas pelo Estado e garantirá o exercício da autonomia.

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo.

Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela.

Com efeito, a mandatária superação ora propugnada encontra eco nas ideias concebidas pelo processualismo constitucional democrático⁵⁶, o qual encerra um marco teórico que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual), vistas em tensão, e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto comparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

⁵⁶ Por todos, *vide*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

Em outra medida, com esteio em ZAMORA Y CASTILLO⁵⁷, não se pode incorrer no equívoco maniqueísta de que quanto maior seja o domínio das partes sobre a marcha do processo, mais liberal será o processo: levar a premissa às últimas consequências significa dizer que os processos mais liberais da história teriam sido os da primitiva *manus iniectio*, sobretudo porque permitiam aos credores inclusive o esquitejamento do devedor.

Quando se fala em processo autoritário e processo liberal é necessário assentar os conceitos, senão será inútil qualquer tipo de discussão. Processo liberal não se confunde com processo democrático: enquanto a monarquia inglesa aparece impregnada de liberalismo no processo, democracias populares criam inúmeros modelos de processo fortemente estatistas⁵⁸.

O critério meramente político (ou histórico-político) não serve para caracterizar de liberal ou autoritário determinado processo. A sua caracterização deve ser buscada examinando o processo por dentro, em consideração às suas características específicas⁵⁹.

É verdade que para bem compreender o problema é necessário aceitar que o processo civil é permeado diuturnamente pelas condicionantes culturais de cada sociedade⁶⁰⁻⁶¹.

Se a tônica da primeira metade do século passado foi a construção de uma grande arquitetura conceitual neutra ideologicamente, a doutrina do pós-guerra tratou de realçar a necessária coordenação dos institutos processuais à realidade econômica e social do seu tempo⁶².

Nisso talvez resida um dos grandes legados do modelo austríaco: o de demonstrar que um processo destacado da sociedade não serve para a tutela dos direitos.

Quando se fala em divisão de trabalho entre juiz e partes normalmente incorre-se no erro de confrontar os dois extremos. Há um caminho do meio, que é o de permitir a direção do processo, sem retirar a autonomia das partes (princípio dispositivo em sentido material).

⁵⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II, p. 271.

⁵⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 256-257.

⁵⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 263.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, nº 1, Marzo 2009. Segundo TARUFFO “un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche”.

⁶¹ O ganhador do Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa em seu recente ensaio “A Civilização do Espetáculo” afirma que a “cultura antecede e sustenta o conhecimento, orienta-o e confere-lhe uma funcionalidade precisa, algo assim como um desígnio moral”. In: LLOSA, Mario Vargas. (Trad. Ivone Benedetti). *A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

⁶² DENTI, Vittorio. Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

Devem ser rechaçadas as figuras do juiz-espectador, totalmente inerte frente aos maiores desmandos das partes, e do juiz-ditador, que atua em cada passo da marcha processual. O caminho a ser seguido é o do juiz-diretor⁶³.

Sobre o tema *sub examen*, o multicitado e saudoso mestre OLIVEIRA⁶⁴ bem esclarece que:

Em vez do juiz-ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal (a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico), importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça. A concepção de Klein é reformulada mediante o necessário fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão mais contemporânea do problema. E, realmente, nos quadros dessa direção, parece haver consenso quanto às linhas do processo atual, evoluindo-se para o que se convencionou chamar de máxima da cooperação acima mencionada.

Em igual sentido, na defesa de uma papel mais ativo do juiz, na tentativa de conciliar antagonismos existentes nos modelos anteriores, propõe-se, portanto, um novo arquétipo de juiz.

O juiz cooperativo seria confiante na direção do processo e nos conhecimentos das questões discutidas no bojo da dialeticidade processual, preocupado com a solução mais adequada frente à especificidade do direito material.

Seria, nessa vereda, resultado da incidência do princípio sobre a cooperação, o que imporia ao magistrado, simultaneamente, um dever de atuação em posição simétrica com as partes e um dever de preocupação com o objeto litigioso, com vistas a garantir a máxima correspondência entre as verdades endo e extraprocessuais.

Segundo TARUFFO⁶⁵ a ideia de um juiz-diretor do processo não implica, necessariamente, em um juiz autoritário, ensinando que a consagração de certas garantias às partes, tais como, contraditório, dispositividade, igualdade e sindicabilidade das decisões, seria a chave para afastar o autoritarismo judicial e permitir a presença de um juiz ativo no processo.

Portanto, as diferenças na estruturação da divisão de trabalho entre juiz e partes demonstram (traço divisor principal entre o publicismo e o privatismo), no âmbito do processo, a mudança da própria relação entre Estado, indivíduo e sociedade.

⁶³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, p. 286.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, nº 2, p. 451-483, 2006.

O legado de ambas as vertentes é o de ter demonstrado que o processo civil, como conjunto de técnicas voltadas à tutela dos direitos, não é um terreno infenso à cultura, um expediente técnico de neutralidade axiológica. Pelo contrário, como manifestação cultural que é, responde às mais variadas manifestações sociais e ideológicas por trás de cada subjacente processo histórico⁶⁶.

Aprofundando a temática em referência, com o dedo na ferida, GRECO⁶⁷ em lapidar estudo sobre a dicotomia sob comento expõe que:

O longo percurso tão sinteticamente trilhado neste estudo pretendeu demonstrar que o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica. A força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. *Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal.*

Na filosofia do direito, segundo HABERMAS⁶⁸ e sua visão procedimentalista, o Estado Democrático de Direito visa suprir justamente as distorções concernentes à legitimidade do direito havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais *do Estado Liberal e do Estado Social*.

É que esses paradigmas disputam a hegemonia na determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica, a qual, conforme aduz CITTADINO⁶⁹, baseia-se num modelo de igual distribuição, pois ou se distribui direitos iguais ou se distribui benefícios sociais, sempre com o objetivo de permitir que o cidadão procure realizar a sua concepção de vida digna.

⁶⁶ ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes Culturais do Processo Civil na Passagem do Século XIX ao Século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a Atualidade de sua Discussão. In: *Revista de Processo*. vol. 229/2014, p. 89.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo vs. privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 164, ano 33, out. 2008, p. 29-56.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

⁶⁹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

Os paradigmas jurídico-constitucionais que antecedem o do Estado Democrático de Direito desconsideram a importância da relação interna e equilibrada entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos para valorizar a pretensão de um bem-estar desses cidadãos que se apresentam ora como *cidadãos-proprietários, ora como cidadãos-clientes do estado*.

Em outros termos, os insuficientes paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram a participação e a fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista na construção do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a adequada compreensão dessa nova fronteira do processo civil caminha em direção à paulatina mitigação do paternalismo da jurisdição estatal brasileira, de modo a fomentar que os cidadãos democraticamente caminhem com as próprias pernas dentro da arena processual.

Há, pois, forte chancela da autodeterminação dos sujeitos processuais, assumindo verdadeira corresponsabilidade pela prestação jurisdicional.

Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, conforme explica com excelência a vanguarda da doutrina administrativista⁷⁹, nada seria mais democrático do que um típico e autêntico exercício da autonomia da vontade, no momento em que as partes envolvidas em um dado conflito, em ações cooperativas com o juiz, delineiam a moldura procedimental adequada e compatível à solução do caso concreto.

O cidadão/comunidade, ao utilizar instrumentos jurídicos-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade.

Em sendo assim, o modelo cooperativo de processo, em cujo bojo as soluções são construídas de maneira dialética (mediante a utilização da lógica tópica-argumentativa), não pode desprezar a força jurídica emergente da liberdade da partes.

Se, por um lado, o processo não é mais coisa das partes, de outro, também não pode mais ser visto, exclusivamente, como norma de direito público indisponível.

Em sendo assim, as partes, mediante a contratualização processual, participam da adaptabilidade da forma, para melhorar e tornar efetiva a prestação jurisdicional a partir da definição *in concreto* da fase instrutória e decisória, não mais deixada à abstrata previsão legal.

⁷⁹ Por todos, ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999, p. 99-127 e BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo* Rio de Janeiro, nº 239, p. 1-31, 2005.

Caso o rito predisposto pelo legislador seja insuficiente (ineficiente, inefetivo ou inadequado) para um caso concreto, excepcional, o devido processo de direito passa a um procedimento especial, flexibilizado *in concreto*⁷¹.

Nessa toada, a flexibilização procedimental preordenada à especificidade do direito material discutido no bojo da dialeticidade processual dá o tom de adequação ao devido processo legal.

BEDAQUE⁷² observa que as adaptações do procedimento atendem, inteiramente, à ideia de processo justo⁷³ “desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. Alias, se inexistente qualquer razão maior para determinadas especificidades procedimentais, nada obsta que seja adotada a ideia da fungibilidade nesta sede”.

GAJARDONI⁷⁴ justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação: que é “a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material”; e b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar “a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.”

Acrescenta o eminente autor que a flexibilização do procedimento “é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade”, bem como que ambos os princípios “se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material).”

Não bastasse, o autor classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividido em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária das regras de procedimento.

Para os estreitos limites deste ensaio, interessa-nos a última espécie proposta por GAJARDONI, qual seja, a flexibilização procedimental voluntária, espécie onde se inserem os negócios jurídicos processuais. Em tal hipótese, as partes elegem o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seus direitos.

⁷¹ REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da Prestação Jurisdicional e Flexibilização do Procedimento pelo Juiz e pelas partes. In: *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, vol. 15, nº 30, jul-dez. 2013.

⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁷³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto), In: *Revista de Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abr-jun. 1998, nº 90, p. 95-150. Examinando o tema também sob o viés do ordenamento pátrio: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, vol. 7, nº 14, 2008.

⁷⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p.133.

Os negócios processuais permitem, portanto, aos litigantes modular aspectos processuais ou o próprio *iter* processual conforme sua vontade, estabelecendo-se efeitos que reputem importantes para a dissolução daquela determinada controvérsia.

Em outra vereda, revela-se mister assinalar que a gênese privatística do negócio jurídico não encerra qualquer prenúncio de uma indesejada (neo) privatização do processo.

Por primeiro, conforme assentam MACÊDO e PEIXOTO⁷⁵, o conceito de negócio jurídico pertence à Teoria do Direito e, por isso mesmo, revela-se plenamente aplicável ao direito processual civil, como o é a qualquer outro ramo especializado do Direito.

Conforme bem assinalou CAPONI⁷⁶, o ordenamento jurídico-processual não é fechado em si, como se as regras de direito material não pudessem ter aplicação alguma aos atos do processo. Tal como sublinhado pelo mestre OLIVEIRA⁷⁷, “a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas”.

Em igual sentido, bem adverte CABRAL⁷⁸ que o propalado *gap* epistêmico-metodológico entre direito público e direito privado não mais se compadece hodiernamente, contrastado que é com as premissas plurais e complexas que informam e permeiam a produção normativa na pós-modernidade.

Nesse passo, afirma o jovem e notável processualista que:

Em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao Direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. Josef Kohler, em obra clássica sobre os acordos processuais, já afirmava que o contrato não é apenas uma figura do direito civil, mas que pode nascer e se desenvolver em qualquer ramo do Direito, podendo verificar-se também no direito público, e assim no direito processual. Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas, admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. Friedrich Carl von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional. *De fato, há mais de*

⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. In: *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 463-487.

⁷⁶ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, suplemento, ano LXII. Milano: Giuffrè, set. 2008, p. 119.

⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, p. 61.

⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. v. 1. Negócios Processuais: Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

um século que a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa. Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está hoje contratualizada, mesmo no direito do Estado (p. ex., no campo das relações administrativas) e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade.

3. Negócios Processuais. Um Velho Conhecido?

Neste momento, passa-se a mirar as repercussões jurídico-processuais decorrentes da tradição publicista brasileira⁷⁹, máxime no que pertine ao quase unânime repúdio da doutrina pátria quanto à existência no regime processual vigente dos negócios jurídicos processuais, a par da norma estampada no art. 158, da atual Lei Adjetiva Civil.

Nesse particular, conforme notícia CUNHA⁸⁰, imperioso ressaltar que a doutrina sequer mencionava a possibilidade de negócios processuais. Alguns, diante do modelo de processo adotado, em que era marcante o publicismo, o estatismo e o protagonismo do juiz, negavam expressamente a possibilidade de negócios processuais. Outros, como visto, aceitavam a existência de algumas convenções processuais, a exemplo da convenção para suspensão do processo.

Esse modelo de processo, que foi adotado na legislação brasileira, influenciou a doutrina, que repeliu, por isso mesmo, a importância da atividade das partes, acarretando a conclusão da impossibilidade legal da celebração de negócios jurídicos processuais.

A própria expressão “negócio jurídico” sempre soou como algo próprio do direito privado, não sendo compatível com a estatalidade da jurisdição e com os poderes conferidos ao juiz, nem com o seu protagonismo.

Nesse recorte, a quase que impositiva cultura publicista varreu para debaixo do tapete espaços mínimos de convencionalidade, de sorte a impedir uma franca exploração das potencialidades normativas decorrentes do art. 158, do Código Buzaid.

⁷⁹ Segundo Barbosa Moreira, o Código Buzaid, envolto na cultura publicista da *civil law*, revela-se em “obra eminentemente eclética: em seu texto aglutinam-se contribuições italianas, portuguesas, alemãs em menor dose; e, em dose muito maior do que em geral se imagina, do Código de Processo Civil do Estado do Vaticano, editado pelo Papa Pio XII em 1946, e por sua vez largamente influenciado, um projeto dos anos 20, de autoria do célebre jurista italiano Francesco Carnelutti. De qualquer maneira, o diploma processual em vigor é fiel à tradição pátria, no sentido de moldado à feição europeia continental: produto genuíno do *civil law*. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁸⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos-Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet: <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em: 17 abr. 2015.

O referido dispositivo estabelece que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Como se vê, a depender do colorido ideológico que se dê ao processo, conformado pela tutela constitucional da liberdade, denota-se perfeitamente possível a edificação de negócios jurídicos-processuais (atípicos) mesmo no atual regime jurídico-processual.

No mesmo diapasão, TUCCI⁸¹ entende que há negócios jurídicos-processuais em razão do disposto nesse art. 158 do CPC.

Em inequívoca atipicidade negocial, os atos das partes podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas, com efeitos imediatos, salvo a desistência da ação, cuja eficácia depende de homologação judicial.

Elenca vários negócios processuais típicos e afirma que eles podem ser unilaterais e bilaterais, concluindo que a inércia do litigante pode também gerar a efetuação de um negócio jurídico-processual, a exemplo da anuência implícita do réu quanto à desistência da ação, manifestada depois de apresentada a contestação.

Entre os clássicos, ao tratar das partes e de sua classificação, SANTOS⁸² indica a existência de atos dispositivos, podendo ser unilaterais (quando a manifestação de vontade é de uma única parte, a exemplo da desistência da ação e da desistência do recurso), concordantes (consistentes em declaração de vontade de uma parte a que adere a parte contrária, mesmo por omissão, a exemplo da desistência da ação após a contestação ou da inércia do réu em não opor exceção de incompetência) ou contratuais (consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade, a exemplo da eleição do foro e da transação). *Entende que os atos dispositivos das partes são negócios processuais.*

Conforme já anotado alhures, o próprio BARBOSA MOREIRA⁸³ admite a existência das chamadas “convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual”. Destaca que nada impede que autor e réu comprometam-se, por exemplo, a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência.

Em posição equilibrada sobre o *thema*, reputa o maior processualista brasileiro que a vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, concebendo-se também que as partes queiram criar a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato.

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico-processual. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 54.

⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25ª ed. Atual. Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual... cit.*, p. 89 e segs.

Ainda não se olvide que o próprio CHIOVENDA⁸⁴ admitiu claramente a figura dos negócios jurídicos-processuais, visto em que certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes.

Em via contrária, abeberando-se de uma visão unicamente publicista acerca do fenômeno processual, DINAMARCO⁸⁵ reputa que não se descortina como possível considerar a existência de negócios jurídicos-processuais no ordenamento pátrio, vez que os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, e não da vontade.

Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei.

Ainda que parcela doutrinária não admitisse a cláusula geral de negociação processual com esteio no art. 158, do Código de Processo Civil de 1973, não se pode olvidar que há na legislação processual vigente uma série de exemplos de negócios processuais típicos (sem que a maior parte da doutrina tenha esmiuçado a respectiva natureza e os admitido como tal).

Conforme já advertia BARBOSA MOREIRA⁸⁶, entre outros, são epigrafados com o timbre da tipicidade negocial a eleição convencional de foro, a convenção de suspensão do processo, a que versa sobre a distribuição do ônus da prova, o adiamento da audiência por convenção das partes. A subjacente liberdade de convenção entre as partes está inserida no âmbito das normas processuais dispositivas.

Em arguta observação, CUNHA⁸⁷ enumera vários negócios processuais típicos ao longo da topologia do Código Buzaid. Destestacam-se, entre outros, os seguintes: a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisalígiosa (art. 42, § 1º); c) acordo de eleição de foro (art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); g) convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792); h) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e § 4º); k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (art.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 25-26, vol. 3.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2, p. 484.

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual... cit.*, p. 89 e segs.

⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p.14-16.

475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único);

w) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633);

z) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); bb) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc) opção do exequente pelo por substituir a arrematação pela alienação via *internet* (art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff) escolha de depositário de bens sequestrados (art. 824, I); gg) acordo de partilha (art. 1.031).

O eminente autor pernambucano esclarece, de igual modo, que o extenso rol exemplificativo é formado em sua inteireza por negócios jurídicos processuais típicos, expressamente previstos e regulados no Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

A maioria é constituída de negócios comissivos, mas há omissões negociais, a exemplo das hipóteses *de j* supra. A propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um *acordo tácito ou implícito de vontades*.

Outrossim, a propositura de demanda no juízo estatal, não obstante a convenção de arbitragem, aliada à inércia do réu em alegá-la, caracteriza uma convenção implícita. São, portanto, omissões negociais ou negócios omissivos.

Como visto, pouco importando o *nomen juris* que se dê aos atos de disposição processual praticados pelas partes dentro da conformação da correlato autorregramento de vontade, fato é que eles sempre se colocaram às escâncaras ao longo do hoje moribundo Diploma Processual.

Sejam derivados da atipicidade prevista no art. 158, do CPC, sejam com esteio na extensa e não taxativa tipicidade acima arrolada, os negócios processuais decididamente não se revestem de ineditismo na legislação processual pátria.

Talvez somente para aqueles que relutam em não enxergar, como se traduz no sabido e consabido adágio popular de que o pior cego é aquele que não quer ver.

Por derradeiro, interessante notar que o art. 158, do atual Código de Processo Civil foi reproduzido integralmente no novel art. 200, do NCPC. A redação é exatamente igual, sem tirar nem por.

E hoje, sob a confluência das explicitadas normas fundamentais processuais que inauguram a nova ordem processual (abeberadas pela tessitura constitucional), ao lado da cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190, o art. 200 confere base normativa para que o autorregramento da vontade das partes enfim cumpra seu papel na construção do processo democrático, algo que, indubitavelmente, a imposição publicista não permitiu ao art. 158, do Código Buzaid.

4. Limites aos Negócios Processuais

Neste último tópico, procurar-se-á, em apertada síntese, tecer breves linhas acerca da necessária limitação da autonomia das partes na autorregulação do processo.

Aqui, de igual modo, infere-se a imperiosa necessidade de se andar pelo meio, pavimentando a estrada da prudência, de sorte a assegurar que o autorregramento da vontade das partes não extravase e irrompa para o espaço ocupado pelas normas processuais cogentes.

Isto é, o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes. No plano processual, os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados⁸⁸.

De todo modo, conforme já grifado linhas acima, o atual estágio de desenvolvimento do processo civil brasileiro, máxime com a iminência do início de vigência do Novo Código de Processo Civil, torna imune de dúvidas a existência de um espaço mínimo de convencionalidade, para que os sujeitos processuais possam influir e participar na construção da atividade procedimental.

Na esteira do alerta empreendido por CUNHA⁸⁹, o grande desafio da doutrina, a partir da aprovação do novo regime jurídico-processual, será identificar os limites para os negócios jurídicos processuais. Que há negócios processuais não há mais dúvida, mesmo para aqueles que insistiam em infirmar a normatividade plasmada no art. 158, do CPC/73.

O próprio art. 190 da legislação processual em *vacatio*, ao estabelecer a inédita cláusula geral de atipicidade negocial, deixa claro que há a incontestável possibilidade de negociação sobre o procedimento e sobre regras processuais.

Pois bem.

Adentrando de pronto ao debate acerca dos limites aos negócios processuais, colhe-se da didática sistematização elaborada por GRECO⁹⁰. Ao sentir do eminente professor, a licitude do objeto do negócio processual passa fundamentalmente pelo respeito às garantias fundamentais do processo⁹¹.

Não parece, pois, possível um negócio processual que elimine o contraditório, ou permita, por exemplo, uma prova ilícita. Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais.

⁸⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos-processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, p. 144.

⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 26-27.

⁹⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 290-292.

⁹¹ Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “O negócio jurídico-processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes. A legislação impõe, por exemplo, observância às normas de competência absoluta, permitindo, entretanto, negócios jurídicos típicos sobre competência relativa. Quer isso dizer que não é possível a celebração de negócio processual que modifique a competência absoluta⁹².

Em outras palavras, não é possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível. Também não parece possível negócio jurídico que dispense a intervenção obrigatória do Ministério Público⁹³.

De igual modo, não parece possível haver negócio processual sobre tema que é afeto à reserva de lei. Assim, não se deve admitir, por exemplo, negócio processual que crie um recurso novo, já que só a lei pode criar recursos.

A par de elucubrações casuísticas, segundo GRECO os atos de disposição representariam o sobredito espaço de autonomia da vontade das partes, que encontrariam limites na (i) disponibilidade do próprio direito material posto em juízo, (ii) no respeito ao equilíbrio das partes e na paridade das armas e (iii) na observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito. A essa última hipótese GRECO conferiu a etiqueta de *ordem pública processual*.

Quanto ao primeiro item, afigura-se mister ponderar que a indisponibilidade do direito material deduzido em juízo não obsta de plano a celebração de negócios processuais, vez que à base do negócio estão, frise-se, situações jurídicas processuais.

A disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica de direito material posta em juízo⁹⁴.

No que pertine ao segundo item esboçado por GRECO, tem-se que o equilíbrio contratual e a paridade de armas também limitam a liberdade de disposição das partes. A igualdade das partes deve, portanto, ser concreta, e não apenas formal.

A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição⁹⁵.

⁹² Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, entre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância”.

⁹³ Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

⁹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.*, p. 145.

⁹⁵ Nesse exato sentido, confira-se o verbete do Enunciado de nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídico”.

Sob outro giro, é de se advertir que não se veda aprioristicamente o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção *abusiva* em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Com efeito, a simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, de uma nulidade ou de uma manifesta situação de vulnerabilidade.

Por fim, no que se refere à cognominada *ordem pública processual*, GRECO⁹⁶ a caracteriza como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes. Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, se destacam: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação.

Por seu turno, NOGUEIRA⁹⁷ prefere edificar os limites ao autorregramento da vontade das partes no respeito ao *formalismo processual*. Segundo o autor, cuida-se de noção ampla a abranger a totalidade formal do processo, em cujo bojo se inserem não somente as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas.

Para o autor, a vantagem de sintetizar os limites ao autorregramento da vontade na categoria ampla e abrangente do formalismo processual está em que, a partir dela, se torna facilmente destacável a série de normas (*lato sensu*), a abranger não só os princípios formadores do estatuto básico processual, mas também as regras ordenadoras da atividade processual.

⁹⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. In: MEDINA, José Miguel García et al. (Coords.). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 293.

⁹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.*, p. 146.

5. Perspectivas e Expectativas

A reboque do analítico exame ora empreendido, propugna-se uma mandatória superação da linear dicotomia entre publicismo e privatismo processual, a qual não mais se compadece com edificação da democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo.

A cogente normatividade constitucional, ancorada na ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos cooperativos e participativos sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

Conforme sustentado, o modelo cooperativo de processo indubitavelmente adotado pelo Novo Código de Processo Civil tenciona estabelecer que os sujeitos processuais se coloquem *pari passu* na direção da concretização de direitos fundamentais.

Em igual sentido, se coloca a questão da flexibilidade procedimental. Em tempos em que o justo é visto como tolerância, solidariedade, pluralismo, um processo justo será também entendido como aquele que possibilita variáveis possibilidades de solução de controvérsias.

Tal visão encontra concretude na valorosa e inédita previsão da cláusula geral de negociação processual plasmada no art. 190, do Novo Código de Processo Civil. A tutela do valor da liberdade constantemente olvidada pela tradição publicista brasileira enfim encontrou um espectro protetivo e concretizador. O direito à liberdade, devidamente limitado pelo espaço das normas cogentes, contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Ademais, as negociações processuais afiguram-se em meios de obtenção de maior eficiência processual, reforçando o devido (adequado) processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

Fomenta-se, pois, uma visão libertadora do paternalismo que ainda timbra o cotidiano da jurisdição brasileira, de sorte a instar as partes que cooperativamente sejam coprodutoras das normas resolutivas de seus próprios conflitos.

Em igual medida, tenciona-se a denominada construção progressiva da ação, mediante a proteção à liberdade e ao contraditório, tal como erigidos pela novel legislação processual civil, tudo com vistas à adequação e efetividade da prestação jurisdicional (permeada pelo respeito às garantias fundamentais processuais).

Nessa toada, os negócios processuais decididamente se apartam de uma visão privatista do processo. Representam, ao revés, majestoso exemplo de participação procedimental responsável, em um exercício concretizador da democracia participativa, pilar do Estado Democrático de Direito.

Em sendo assim, a tarefa de aplicar o Direito, fundamentalmente um novel Diploma que impõe um novo olhar ideológico sobre o processo, revela-se então em uma obra hermenêutica, um trabalho sempre recomeçado, uma construção viva e cotidiana, permeado pela modificação cultural de todos os envolvidos no fenômeno processual.

E, na esteira de tais premissas aventadas, espera-se vivamente que o processo se perfaça em arena democrática preordenada à construção permanente do Estado Democrático de Direito, bem como em metodologia normativa de garantia do catálogo de direitos fundamentais estampados na Carta Republicana.

Referências Bibliográficas

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes Culturais do Processo Civil na Passagem do Século XIX ao Século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a Atualidade de sua Discussão. In: *Revista de Processo*. vol. 229/2014. p. 89.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II, p. 271.

AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999, p. 99-127.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a La justicia: prólogo de Mauro Cappelletti*.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 239, p. 1-31, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 1. Negócios Processuais, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed.: Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue française d'administration publique*, nº 1, p. 133-150, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, nº 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, suplemento, ano LXII. Milano: Giuffrè, set. 2008, p. 119.

CAPRA, Fritjof. *The concept of paradigm and paradigm shift*. ReVision, Bd, vol. 9, 1986.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 25-26, vol. 3.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abr.-jun. 1998, nº 90, p. 95-150.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet: <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em: 17 abr. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*. 2011. p. 213-225.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DENTI, Vittorio. *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale. Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, nº 3, p. 861-880, 1958.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo Cooperativo: O contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 53.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do Juiz e Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, vol. 7, nº 14, 2008.

_____. Publicismo vs. privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 164, ano 33, out. 2008, p. 29-56.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 206/2012, abr. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LLOSA, Mario Vargas. Trad. Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, p. 157-170, set. 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p 31-32).

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. *In: Revista de Processo*. v. 241/2015. p. 463-487.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; vol. 14.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso –la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em: 16 mar.2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil*, 2005.

_____. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. *In: Temas de Direito Processual*, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89 e segs.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269.

_____. *Poderes do Juiz e a Visão Cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.

OST, François et al. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, vol. 14, p. 169-194, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista trafega na contramão*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). A Nova Lei de Mediação Brasileira. Comentários ao Projeto de Lei nº 7.169/14. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume Especial. Disponível em: <http://www.redp.com.br>.

_____. ALVES, Tatiana Machado. A Cooperação e a Principiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 12, nº 12, 2013.

PROUDHON, Pierre-Joseph. La justice dans La Révolution et dans l'Église. In: *Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da Prestação Jurisdicional e Flexibilização do Procedimento pelo Juiz e pelas partes. In: *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, vol. 15, nº 30, jul.-dez. 2013.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

RODRIGUES, Nelson. *O Óbvio Ululante: Primeiras Confissões (Crônicas)*, Org. Ruy Castro, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, (Obras de Nelson Rodrigues, 3) p. 11.

SANTOS, Marina França. Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 95-108.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25ª ed. Atual. Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, nº 1, Marzo 2009.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, nº 2, p. 451-483, 2006.

_____. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico-processual. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 54.

XAVIER, Trícia Navarro. Convenções em Matéria Processual. In: *Revista de Processo*. vol. 241/2015. p. 489-516.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.

ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery, In: CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (Coords.). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007, p. 208.

Livre Iniciativa e Estado: em Busca do Equilíbrio Perfeito

Cláudia Turner P. Duarte*

"It is necessary to curb the power of government. This is the task of all constitutions, bills of rights and laws. This is the meaning of all struggles which men have fought for liberty." – Ludwig von Mises

Sumário

1. Introdução. 2. Economias Mistas x Capitalismo de Estado. 3. Limites Constitucionais e Econômicos da Intervenção Direta do Estado no Mercado. 4. A Intervenção Direta do Estado Pode Ser Eficiente. 5. Limites Constitucionais e Econômicos para a Criação de Estatais com Finalidade Única de Lucro. 6. Conclusão.

Resumo

O presente artigo objetiva fomentar o debate sobre o modelo brasileiro de intervenção do Estado na economia, com base nos conceitos de *economia mista* e *capitalismo de estado*. A proliferação das empresas estatais e/ou de outros modelos de participação do Estado nos mercados tem sido apresentada à sociedade como uma conquista dos brasileiros. Nada obstante, o crescimento do setor público encontra limites na própria Constituição Federal, a qual determina, como princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência, e, como corolário lógico, o princípio da subsidiariedade (arts. 1º, 170 e 173). Defende-se, ainda, que os projetos de incursão estatal no domínio econômico podem ser eficientes, e que a chave para o sucesso estaria na sua orientação à livre concorrência, com o abandono de práticas monopolistas e de privilégios estatais. Por fim, avalia-se que jamais as empresas estatais poderiam ser criadas com a finalidade única de lucro, seja pela observância ao princípio da subsidiariedade, seja pela falta de correspondência lógica com o sistema de arrecadação de recursos proposto pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo risco criado para o Erário, potencializando-se a malversação de verbas públicas. Em suma, se uma empresa estatal é utilizada para

* Promotora de Justiça (MPRJ) e mestranda na linha de Direito Público na UERJ.

Gostaria de registrar o meu agradecimento ao Professor Alexandre Santos de Aragão e aos colegas do curso de pós-graduação, na linha de direito público (mestrado e/ou doutorado) da UERJ, Alice Bernardo Voronoff, Anna Carolina Migueis, Bruno Belsito, José Marcos Vieira Rodrigues Filho e Luiza Vereza. O nosso trabalho no grupo de pesquisa (Intervenção do Estado na Economia) superou todas as minhas expectativas e foi fundamental para a elaboração do presente trabalho. Muito embora as opiniões sejam em muitos casos distintas, foi o debate livre, acalorado e de excelência, o maior responsável pela construção das ideias que ora compartilho. Ainda, agradeço ao economista André Senna Duarte, cuja colaboração foi essencial para o percurso trilhado nas fronteiras do direito e da economia. De toda forma, afirmo a minha responsabilidade decorrente da elaboração do presente estudo.

¹ PEREIRA DUARTE, Cláudia Turner. *Livre iniciativa e Estado: em busca do equilíbrio perfeito*, 2014, 32 folhas. Artigo.

a promoção de objetivos políticos, prejudiciais ao desenvolvimento nacional, à livre concorrência, à livre iniciativa e também ao próprio Erário, sem receio poderemos afirmar que na prática a sua existência confronta-se com os propósitos últimos da Constituição Federal de 1988.

Abstract

This paper intends to promote a debate over the Brazilian State and its economic role, considering the concepts of mixed economies and state capitalism. The rapid multiplication of state-owned companies and other state participation models in the market have been announced to society as an achievement of the Brazilian people. Nevertheless, the growth of the public sector is limited by the Constitution, which defines economic principles as free enterprise and free competition, and as a consequence, the subsidiary principle (articles 1º, 170 and 173). The paper also defends the idea that public sector projects can be efficient, and the key to success would be its orientation towards free competition, abandonment of monopolistic practices and state privileges. Finally, the study shows that state-owned companies cannot be created with the sole purpose of profit, due to the subsidiary principle, the lack of logic conformity with the constitutional revenue model, or the risk imposed to Exchequer, boosting public expenditure malpractice. In essence, if a state-owned company is used to promote political objectives, that are prejudicial to national development, free competition and free enterprise, as well as to the Exchequer, we can affirm without doubt that the existence of those companies confront with the main goals of our Constitution.

Palavras-chave

Empresas Estatais. Intervenção Direta do Estado na Economia. Ordem Econômica. Economia Mista. Capitalismo de Estado. Livre Iniciativa. Livre Concorrência. Livre Mercado. Práticas Monopolistas. Princípio da Subsidiariedade, Eficiência e Finalidade Única de Lucro.

Key-words

State-owned Companies. Government Corporations. State Role in the Economic Sector. Public Sector Mixed Economies. State Capitalism. Free Enterprise. Free Market. Free Competition Monopolistic Practices. Subsidiary Principle. Efficiency. Sole Purpose of Profit as a Goal.

1. Introdução

Os manuais de direito administrativo, ao apresentar aos seus leitores o tema das empresas estatais, limitam-se, em regra, a reproduzir os conceitos de empresas públicas e sociedades de economia mista, previstos no Decreto Lei nº 200/67, em especial, do art. 5º. Alguns estendem suas considerações para o respectivo regime jurídico e de pessoal. A legislação não é, digamos assim, muito empolgante. Assim, a doutrina de maneira geral apresenta as empresas estatais burocraticamente nos

capítulos sobre a conformação da Administração Pública, e sua subdivisão entre direta e indireta, ao passo que o tema da atuação do Estado no domínio econômico é apresentado em título à parte, em avaliação quase que completamente dissociada do fenômeno das estatais². Em suma: a energia volta-se para considerações classificatórias e superficiais sobre as espécies de empresas estatais acima mencionadas, deixando-se a descoberto a análise do verdadeiro fenômeno por trás da sua existência, a saber, a compreensão do Estado como um agente econômico, capaz de agir no mercado tal como os atores da iniciativa privada.

Por certo, não se está diante de um tema inédito. Todavia, os estudos necessários para a sua compreensão, agora com contornos próprios do século XXI, continuam defasados. Afinal, não se trata apenas de identificar os caminhos trilhados pelo estado brasileiro nas últimas décadas, mas, sobretudo, de trazer à mesa indagações essenciais sobre o modelo de intervenção do Estado na economia vigente neste país. Vale dizer, não cabe aos juristas apenas descrever o fenômeno e o regime jurídico aplicável, mas sim voltar-se a um trabalho quase psicanalítico, pelo qual se possam compreender os seus fundamentos, finalidades, natureza, propósito, bem como, a sua relação com o modelo econômico nacional, o seu impacto para a vida política, para o mercado e para a sociedade.

Para tanto, sugere-se a retomada da reflexão proposta na Europa e na América Latina, respectivamente, nas décadas de 80 e 90, levada a cabo pelos processos de privatização e desestatização. Independentemente da resposta que se vier a alcançar, é preciso forjar uma postura crítica própria daquele período, com a produção de um debate sério sobre o real objetivo das empresas estatais e da participação direta do Estado na economia, por meio da aquisição de cotas e/ou ações. Não se trata aqui de levantar bandeiras e ideologias, mas sim de ponderar sobre os efeitos de médio e longo prazo produzidos pelo avanço do Estado brasileiro na exploração de atividades econômicas, e a sua repercussão para o desenvolvimento econômico e social.

Naquele momento da história, o novo modelo foi proposto como solução para os entraves decorrentes de um crescimento desmedido do Estado, com vistas à maior efetividade e produtividade econômicas³. Estes fundamentos foram detalhados por Hely Lopes Meirelles. Senão, vejamos.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Editora Malheiros: 2004. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³ “Na Espanha, por exemplo, a privatização foi fundada numa questão pragmática, que era a busca de uma maior eficiência no desempenho das empresas. (...) Já na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. (...) O processo francês de privatização teve como uma de suas grandes preocupações democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador influir na condução dos negócios do país. (...) Em Portugal, a necessidade de privatização foi o financiamento do setor público e o emprego de recursos para sanar outras empresas públicas não privatizáveis (...).VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 142.

Há mais de uma década que os estudiosos da matéria vem apontando para a necessidade de se rever o crescimento do Estado nas suas relações com a sociedade. O crescimento desmesurado da máquina administrativa, com a criação excessiva de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, além da assunção de atividades privadas que nada tinham a ver com os interesses da coletividade, tornaram o Estado praticamente ingovernável, *sem possibilidade de efetivo controle interno finalístico*.

Ao mesmo tempo, com as modificações ocorridas no campo econômico, foi o Estado perdendo progressivamente a sua capacidade de investimento na infraestrutura, comprometendo a qualidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, atrasando o desenvolvimento do país. Daí por que alguns autores já vinham preconizando a “reengenharia” do Estado, de forma a reduzir o seu papel e obter maior eficiência no exercício das suas atividades básicas.

Com essa finalidade, foi promulgada a Lei nº 8.031, de 12.4.90, instituindo o Plano Nacional de Desestatização, reformulado pela Lei nº 9.491, de 9.9.97 (com as alterações da MP nº 2.161-35, de 23.8.2001), com os seguintes objetivos fundamentais: *a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; b) contribuir para a reestruturação econômica do setor público; c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; d) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País; e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do crescimento da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o projeto.*⁴ Grifou-se.

Nessa esteira, diversos autores passaram a reconhecer na Constituição Federal de 1988 uma espécie de ordem natural econômica, levada a cabo preponderantemente pela livre iniciativa e, excepcionalmente, pelo Estado interventor. Para Marcos Juruena Villela Souto⁵:

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 774-775.

⁵ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 148-150.

O Estado intervém na atividade econômica pelas seguintes formas:

- Elaboração de um plano de desenvolvimento econômico, por meio do qual se buscará identificar e implementar as ações necessárias a propiciarem o bem-estar geral (CF, art. 174 e §1º);
- Fomento à iniciativa privada para, aderindo voluntariamente ao plano, explorar as atividades nele previstas;
- Repressão ao abuso de poder econômico, proteção ao consumidor e do meio ambiente;
- *Exploração direta, em caráter excepcional, de atividades econômicas que envolvam relevante interesse coletivo ou segurança nacional.*

Nesse passo, embora a segurança nacional seja mais facilmente identificada com a defesa do território e dos cidadãos, o conceito de relevante interesse coletivo não tem objetividade. *A Constituição enumera, nos artigos 22, 25, 30 e 177, alguns setores tipicamente públicos, admitindo, no artigo 173 e no artigo 175, que a lei possa legitimar a presença do Estado tanto em atividades econômicas como em serviços públicos, o que deve ter como limite o princípio da livre iniciativa. (...).* Grifou-se.

Passados aproximadamente vinte anos do referido processo de desestatização e privatização das atividades econômicas nas mãos do Estado, encontramos-nos, nós brasileiros, novamente em um cenário *sui generis*. O modelo de regulação indireta a ser supostamente executado pelas agências reguladoras perdeu espaço para um modelo de retomada da intervenção direta do Estado na economia, caracterizado pelo fortalecimento do uso político das estatais, pela criação de novas empresas de Estado, pela assunção por parte das estatais de funções regulatórias, pela compra de ativos de sociedades empresárias e/ou anônimas pelo Estado, pela ingerência indireta nos projetos de empresas privadas reconhecidas como “campeãs nacionais”, pelo movimento de internacionalização das atividades das estatais e falta de transparência dos objetivos das atividades econômicas e de controle sobre a suas metas e desempenho.

Paralelamente, verificamos um cenário de incerteza, ante a omissão do Poder Legislativo, na elaboração de um estatuto próprio para as referidas entidades e demais formas de participação do Estado no mercado. Com isso, as empresas estatais têm incrementado a sua participação na iniciativa privada, ao mesmo tempo em que se valem de subterfúgios, tais como a internacionalização, para refugar-se dos entraves do regime de direito público previsto pelo art. 173 da Constituição Federal. Em suma: a visão proposta ao longo da década de 1990 de que a atividade econômica seria naturalmente da iniciativa privada, excepcionalmente

exercida pelo Estado, caiu por terra, retomando-se uma política econômica pela qual o Estado assume o papel de principal agente econômico, com a direção do espetáculo que antes era regido sob a batuta do mercado.

Tal fenômeno pode ser percebido em diversas áreas, por meio da expansão do sistema de crédito dos bancos públicos, que atingiu o patamar de aproximadamente 55% do total de crédito bancário concedido no mercado brasileiro⁶. Tormentosas questões internacionais, envolvendo a Petrobrás, e a compra de refinarias no exterior a preços supostamente superfaturados vêm ocupando as páginas dos periódicos quase que diariamente⁷. Em nível interno, a intervenção política sobre a Petrobrás determinou o congelamento dos preços dos combustíveis em detrimento da saúde financeira da companhia⁸. O setor elétrico sofreu forte desestabilização com a edição da MP 579, a qual determinou a antecipação das renovações das concessões, visando em última análise uma redução popular das tarifas de energia elétrica, comprimindo investimentos de infraestrutura em médio e longo prazo⁹. Por fim, a estratégia utilizada de ampliação de barreiras de importação para a proteção da indústria nacional corrobora a percepção de uma política de escolha de setores favorecidos, em detrimento de outros setores da economia, com fulcro em critérios políticos. Até mesmo o regime de concessão dos aeroportos que representa um ganho da livre iniciativa foi objeto de uma modelagem particular, a qual determinou a participação direta da INFRAERO no consórcio explorador das suas atividades de gestão¹⁰.

⁶ Fonte: Banco Central.

⁷ SASSINE, V. Conselheiro pediu proteção a patrimônio da Petrobras. *O Globo*, Rio de Janeiro, 14 jul. 2014.

G1: Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>. Acesso em: 20 mar. 2014.

VEJA: Negócio da Petrobras trouxe prejuízo de 1 bilhão de dólares. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/1-bilhao-pelo-ralo>. Acesso em: 18 dez. 2012.

⁸ (...) Em entrevista ao 'Valor' de 11 de agosto, Rui Falcão, presidente do PT, preocupado com a questão, apresenta a melhor racionalização que conseguiu articular para a política de represamento de preços de gasolina: 'Você tinha que fazer uma escolha entre remuneração de acionistas e o poder aquisitivo da população. E a Petrobras, além de ter acionistas, é um patrimônio do povo brasileiro'. A racionalização revela visão confusa e deturpada do problema. O povo brasileiro, através do Tesouro, é acionista controlador da Petrobrás. Manter preços de gasolina irrealistas é uma política perversa que subsidia proprietários de automóveis à custa do povo brasileiro (...)' WERNEK, R. F. A reeleição e a Petrobras. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 ago 2014.

⁹ 'A atual enrascada na qual o governo se meteu para tentar evitar que a conta bilionária da geração termelétrica desaguasse nas faturas de luz pode ficar pequena diante de outro rombo no setor, desta vez vindo dos tribunais. As intervenções da presidente Dilma Rousseff para estabelecer o novo marco regulatório do setor energético, deflagradas com a polêmica Medida Provisória 579, de setembro de 2012, levaram algumas poucas empresas lesadas a recorrer à Justiça. Mas muitas outras ainda podem seguir o mesmo caminho, induzindo a um passivo que alcançaria, com rapidez, a casa de dezenas de bilhões de reais, podendo se multiplicar ao longo de longas tramitações. (...) Acrescenta-se a esse caldeirão a possibilidade de reclamar pelos abalos sofridos pelas empresas no mercado de capitais, com a alteração de suas perspectivas de receita e com a piora da confiança no ambiente regulatório. O único ponto a favor do governo nessa questão é que a maior prejudicada pelas medidas, a estatal federal Eletrobras, não vai se insurgir contra as arrasadoras perdas que teve. É uma pena ver um setor antes autossuficiente financeiramente ter virado, pós-MP 579, dependente de dinheiro público ou de tarifas', comenta o consultor João Carlos Mello, presidente da Thymos Energia.' RIBAS, S. Judicialização provocada pela MP 579 pode causar rombo no setor elétrico. *Correio Brasileiro*. Disponível em: http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/economia/2014/04/14/internas_economia,422892/judicializacao-provocada-por-mp-579-pode-causar-rombo-no-setor-eletrico.shtml

¹⁰ 'Diante das dificuldades do governo em aplicar um choque de gestão na Infraero – que entregará na próxima semana os aeroportos do Galeão e de Confins a operadores privados, o que significa perda de

Logo, o que se nota é a ressurreição dos antigos problemas que assolaram o país nas décadas de 1970 e 1980 ao presente cenário econômico-social brasileiro, sem a correspondente análise da juridicidade do seu arcabouço estruturante, e dos efeitos econômicos potencialmente contrários ao espírito do texto constitucional. É preciso urgentemente discutir os fundamentos que sustentam políticas intervencionistas praticadas pelo Estado, sob uma ótica finalística e consequencialista.

2. Economias Mistas x Capitalismo de Estado

No geral, mesmo países considerados fomentadores de uma política neoliberal sustentam-se verdadeiramente em economias mistas¹¹. O mosaico econômico mundial compõe-se de atores públicos e privados, que condicionam e participam ativamente do mercado. Ocorre que, se por um lado, a ideia do *laissez-faire* já há muito tempo foi rechaçada pelos especialistas em todo mundo, por outro, verificamos líderes mundiais, respaldados no conceito de economias mistas, retomarem uma concepção heterodoxa hegeliana de Estado, com trejeitos que mais se aproximam do modelo mercantilista dos séculos XVI e XVII do que propriamente do capitalismo.

Isso ocorre porque, com o fim do embate próprio à Guerra Fria, travado entre os modelos capitalista e socialista, e a derrocada de uma política econômica planificada, reconhecidamente fracassada, diversos países, entre eles o Brasil, assumiram o compromisso com o capital, sem conseguir incorporar em seu espírito político valores tipicamente liberais como a livre iniciativa e a livre concorrência. Buscaram, ao revés, acomodar o modelo econômico com uma vertente monopolizadora, que tem no Estado o seu comandante e principal agente indutor.

Para o economista Joseph E. Stiglitz, essa visão do Estado ativo revela, a bem da verdade, a releitura de práticas mercantilistas típicas de países colonizadores, que buscavam soerguer-se na ordem internacional, beneficiando-se de seus monopólios¹². O cientista político Ian Bremmer, por sua vez, traça em sua obra *The end of free market* um perfil do que seria o “capitalismo de estado”:

receitas – o governo vai turbinar a Infraero Serviços, subsidiária a ser criada ainda este ano, para torná-la uma empresa eficiente e lucrativa, e completamente independente da estrutura atual. A nova empresa terá como sócio privado um grande operador estrangeiro. Os dois mais cotados são a espanhola Aena e a alemã Fraport. E terá amplos poderes para operar aeroportos regionais e prestar todo o tipo de serviço, desde pavimentação de pista à implantação de modernos sistemas em terminais, além de qualificação de mão de obra. Segundo uma fonte envolvida nessa modelagem, a Infraero Serviços nascerá ‘sem vícios’, com quadro enxuto de funcionários e livre de passivos trabalhistas.(...)’. DOCA, G.; VALENTE, G. A fátia turbinada da Infraero. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 ago. 2014.

¹¹ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 4-5.

¹² “In 1776 Adam Smith, in the first major work of modern economics, *The Wealth of Nations*, argued that competition would lead the individual in the pursuit of his private interests (profits) to pursue the public interest, as if by an invisible hand. (...) The significance of Smith’s insight is clarified by a look at the views about the role of government commonly held prior to Smith. There was widespread belief that achieving the best interests of the public (however that might be defined) required an active government. This view was particularly associated with the mercantilist school of the seventeenth and eighteenth centuries, which argued that government should promote industry and trade. Indeed, many European governments had actively promoted the establishment of colonies, and the mercantilists provided a rationale for this. Some countries (or some citizens within them) had benefited greatly from the active role taken by their government, but other countries, whose governments had been much more passive, had also prospered. (...)”. STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 55-56.

*State capitalism is a system in which the state dominates markets, primarily for political gain. But the division between state-capitalism and free-market countries isn't always clear. There is no iron curtain separating the two sides neatly into opposing camps. Every country on Earth features both direct government involvement in regulating economic activity and some market exchange that exists beyond the state's reach. No country's economy is either purely state capitalist or purely free-market driven, and the degree of government intervention within each country fluctuates over time.*¹³ Grifou-se.

O fortalecimento dessa espécie de modelo econômico, contudo, tem enfraquecido o necessário debate em torno das economias mistas, uma vez que ele propõe um progressivo agigantamento do Estado, e, a reboque, a concentração de poder econômico nas mãos de um único agente. Esta não é a proposta essencial de uma economia mista de matriz capitalista, que, ao revés, está a todo momento calculando o equilíbrio fino entre setor público e privado, com vistas a uma sociedade próspera e justa.

Ocorre que a discussão sobre o tamanho ideal do Estado e, em particular, o seu papel na exploração direta de atividades econômicas/serviços públicos é o ponto central dos estudos da economia do setor público, não podendo assim ser simplesmente rechaçada. Esse é o ensinamento de Joseph E. Stiglitz, na sua obra *Economics of the Public Sector* (1999):

Why does government engage in some economic activities and not others? Why has the scope of its activities changed over the past hundred years, and why does it have different roles in different countries? Does the government do too much? Does it do well what it attempts to do? Could it perform its economic role more efficiently? These are the central questions with which the economics of the public sector is concerned. (...)

*It is because mixed economies constantly face the problem of defining the appropriate boundaries between government and private activities that the study of the economics of the public sector in these countries is both so important and so interesting.*¹⁴

Um fator catalisador desta inclinação estadista de alguns líderes mundiais foi a crise global de 2008. O declínio da economia americana permitiu a inflação do discurso de governantes alinhados com modelos autoritários e centralizadores, os quais prontamente aproveitaram a fragilidade do mercado para questionar a viabilidade do sistema capitalista. Senão, vejamos as considerações de Ian Bremmer:

¹³ BREMMER, Ian. *The end of free market. Who wins the war between states and corporations?* New York: Portofolio, Penguin Group. 2010. p. 44.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 4-5.

Over the past decade, the government of several developing countries have worked to ensure that valuable national assets remain in state hands and that government maintain enough leverage within their domestic economies to safeguard their survival. In some cases, they've used state-owned energy companies to amass wealth or to secure access to long-term supplies of oil and gas that their still-vulnerable economies will need to fuel further growth. They have created wealth funds from pools of excess capital and have begun to make strategic investments beyond their borders. In 2008, the trend toward greater state power reached a tipping point. During the financial crisis and global recession, an enormous market meltdown that provided globalization with its first true stress test, political officials both developed and the developing worlds seized responsibility for decisions that are usually left to market forces – and on a scale not seen in decades¹⁵.

Assim, ao que tudo indica, o soerguimento de líderes de viés estadista já trazia consigo a mudança de direção do pêndulo, a qual foi potencializada pelo cenário internacional. Vale dizer, a crise serviu para políticos de todo o mundo como mecanismo de validação de sistemas políticos centralizados e menos liberais, que praticamente passaram a defender que o mercado não seria capaz de sozinho promover o bem-estar social através do crescimento econômico. Este somente poderia ser alcançado pela mão firme do Estado, estando os mesmos prontos para assumir esse papel.

Partindo-se desta premissa, de que o Brasil sustenta-se em uma economia mista e que, no momento presente, existe uma forte tendência ao crescimento desmedido da máquina pública, resta-nos questionar os valores que sustentam o referido modelo, tal qual proposto linhas acima pelo economista Joseph E. Stiglitz. Afinal, se o setor público tem uma missão, cabe identificá-la, de modo a verificar se a mesma está sendo implementada de forma adequada, se a escolha por determinada política pública é de fato a que melhor atende os seus objetivos, e, por fim, se os custos de tal ação justificam os seus ganhos.

Com efeito, existem diversas questões a serem debatidas, tais como: (i) Quais seriam os limites constitucionais e/ou econômicos para o papel do agente público como ator de mercado? (ii) Quais os objetivos por trás da criação de empresas estatais? (iii) É possível ao Poder Público assumir de forma eficiente o papel de agente de mercado? Em caso positivo, como? (iv) É possível que empresas estatais sejam criadas única e exclusivamente com o propósito de lucro? (v) Quais as consequências do modelo de intervenção estatal adotado na atualidade para a sociedade brasileira?

¹⁵ BREMMER, Ian. *Op. cit.*, p. 20/21.

3. Limites Constitucionais e Econômicos da Intervenção Direta do Estado no Mercado

Em se tratando de apurar o papel destinado ao Estado como agente do mercado, convém destacarmos os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – a soberania nacional; II – a propriedade privada; III – a função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

§3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Grifou-se.

A Constituição Federal de 1988 não teceu detalhes sobre o modelo de produção do estado brasileiro, mas traçou linhas mestras que evidenciam a escolha pelo sistema capitalista. Isso significa que o Estado brasileiro tem como pilar de sua estrutura econômica a *livre iniciativa* e a *livre concorrência*, princípios que assumem posição de destaque nos artigos 1º e 170. Trata-se de compreensão referendada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos seguintes arestos:

A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. *O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 754.769-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012; AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010. Grifou-se.*

Na sequência, o Capítulo da Ordem Econômica trouxe a possibilidade de atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas, com a ressalva de que esta *somente seria permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.

Dito isso, não restam dúvidas que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites à atuação do Estado como agente de mercado. Trata-se de conclusão lógica decorrente da interpretação sistemática dos artigos 170 e 173. A atividade econômica é própria do mercado e poderá sofrer a ingerência estatal, excepcionalmente. Parte da doutrina brasileira, com a qual se filia este estudo, identifica essa relação de preferência do setor privado e de complementaridade do setor público como *princípios da abstenção e/ou da subsidiariedade*¹⁶. Vejamos, senão, a lição de Marcos

¹⁶ É importante chamar atenção para o fato de que outros autores identificam sob a mesma expressão “princípio da subsidiariedade” concepção oposta daquela discutida no presente texto. Curiosamente, sob a mesma nomenclatura, propõe-se lógica inversa, a de que somente o Estado estaria investido da prerrogativa de agir em determinados setores, ante o seu compromisso com o desenvolvimento de

Juruena Villela Souto lançada na obra *Direito Administrativo da Economia*:

As privatizações se impõem, no direito brasileiro, por força do princípio fundamental da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), do qual resulta para o Estado, o dever de não explorar diretamente atividade econômica em concorrência com o setor privado (princípio da abstenção), ressalvadas as hipóteses em que seja, por lei, reconhecido um imperativo de segurança nacional ou um relevante interesse coletivo, observados os setores e áreas de atuação definidos em lei complementar (CF, art. 173 c/c 37, XIX, *in fine* – princípio da subsidiariedade).¹⁷

Outros autores apenas mencionam a referida ideia, sem, no entanto, reconhecê-la por meio da referida expressão, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho, entre outros¹⁸:

interesses coletivos e individuais. Este é o posicionamento de Marçal Justen Filho: “Deve-se reconhecer que o monopólio estatal está diretamente relacionado com a inviabilidade ou inconveniência de desempenho de determinadas funções pela sociedade ou pela iniciativa privada. A satisfação de direitos fundamentais ou a implantação de certos valores, em determinadas situações, somente se pode fazer por meio da atuação estatal. Em alguns casos, trata-se de reconhecer que somente o Estado pode ser investido dos poderes aptos a afetar de modo radical os interesses coletivos e individuais”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 99. De toda forma, cumpre registrar que não se tem aqui a pretensão de capturar a referida nomenclatura. Ao revés, o que se pretende é identificar a predominância da livre iniciativa no Estado Democrático Brasileiro no domínio econômico, ideia esta que se corporifica na conjugação das normas inscritas nos artigos 1º e 170 (livre iniciativa e livre concorrência), ambos inauguradores de nada mais nada menos que “os princípios fundamentais” e “a ordem econômica”, em contraposição ao papel suplementar do Estado registrado no art. 173 (“a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando...”). Enfim, a nomenclatura não deverá superar a ideia aqui proposta, cabendo apenas remeter-nos às duas possíveis interpretações dessa expressão.

¹⁷ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 182. Nesse mesmo sentido, ver MONTEBELLO, Mariana. O princípio da subsidiariedade e a Constituição da República de 1988. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 545-556.

¹⁸ “A livre iniciativa, como foi exposto, é o princípio fundante da atividade econômica, como tal enunciado no art. 170, *caput*, da Constituição, repetindo, no econômico, o princípio fundamental polivalente do art. 1º, IV. Mas não apenas nessa ênfase avançou a Constituição de 1988 em tema de intervenção concorrencial do Estado no domínio econômico. De uma complementaridade vaga e ampla, apenas esboçada, no art. 170, §1º, da antiga Carta, que se articulava com a autorização amplíssima para intervir no domínio econômico (do art. 163, *caput*), passou-se a uma complementaridade precisa e restrita, expressa em dispositivo específico (art. 173)”. Grifou-se. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 468. “A Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando em intervenção, mas sim de atuação, dispondo que, ‘ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (art. 173), acrescentando que a ‘lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, §4º). Dessa forma, mantendo a orientação da Constituição anterior, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de ‘fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ (art. 174). Como se infere dos dispositivos supramencionados, só é admissível a atuação supletiva do Estado na atividade econômica, não mais a interventiva, que se vinha praticando com tanta

O art. 173, *caput*, da CF tem que ser interpretado conjugadamente com o art. 170, IV e parágrafo único. A exploração de atividades econômicas cabe, como regra, à iniciativa privada, um dos postulados fundamentais do regime capitalista. Desse modo, a possibilidade que a Constituição admitiu no art. 173 há de ser considerada como tendo caráter excepcional. Por isso é que o próprio texto estabeleceu os limites que ensejariam essa forma de atuar do Estado. Sendo assim, não é difícil perceber que a leitura do texto indica claramente que a regra é que Estado não explore atividades econômicas, podendo fazê-lo, contudo, em caráter especial, quando estiverem presentes os pressupostos nele consignados.¹⁹

Se, por um lado, nos deparamos com a clara função acessória do Estado no domínio econômico, por outro, verificamos que a densidade precária dos conceitos indeterminados das expressões “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” inscritas no art. 173 abre espaço para os mais variados tipos de discursos e projetos políticos. A Constituição Federal de 1988 impôs o predomínio da iniciativa privada e da livre concorrência, ao mesmo tempo em que permitiu uma passarela de justificativas para as respectivas exceções, a serem definidas apenas em lei.

Com efeito, a justificação da criação de empresas estatais voltadas à exploração de atividades econômicas dependerá não somente de sua adequação ao disposto no *caput* do art. 173, mas também à sua conformação com as demais normas constitucionais, tais como o princípio da moralidade (art. 37, *caput*), o princípio republicano (art. 1º) e a cláusula geral do Estado Democrático de Direito (art. 1º). Esse ônus estatal decorre do princípio da *unidade* e revela-se tão importante quanto o reconhecimento do princípio da subsidiariedade, uma vez que por meio dele será possível impor *um dever de motivação*, marcado pela honestidade e coerência. O conteúdo inicialmente amplo vislumbrado pelo constituinte para os termos “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” deverá no caso concreto dotar-se de significância, com o estabelecimento de explicações lógicas sobre a premente necessidade de captura pelo Estado de atividade típica da iniciativa privada, com a apresentação de estudos e justificativas capazes de esclarecer a dinâmica do setor e as finalidades do respectivo projeto.

Os mencionados princípios funcionarão, portanto, como parâmetros para o mencionado dever de motivação, na medida em que se apresentam como diretrizes essenciais da nossa sociedade. Como nos ensina Luiz Roberto Barroso²⁰:

frequência e ilegalidade antes da edição da atual Carta”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 639.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 881.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87-91.

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. (...) No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados: a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias públicas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos.

Assim, tais conceitos jurídicos indeterminados não podem conformar-se em “cheques em branco” ao Poder Público²¹. O seu conteúdo deve ser devidamente exposto e motivado, de modo a compatibilizar a ingerência do Estado no domínio econômico com os propósitos do texto constitucional.

Ao fim e ao cabo, o dever de motivação permitirá à sociedade compreender os propósitos da criação e/ou reestruturação de determinada empresa estatal ou mesmo a escolha na participação pelo Estado de determinado segmento do mercado. Celso Antônio Bandeira de Mello dedica preciosas linhas sobre o referido princípio e sua relação lógica com a cláusula democrática:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. (...) Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (...) O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece em seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das

²¹ Sobre o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, ver: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitar a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas à lei. Por isso, Ramon Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática – e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*) –, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.²²

Ultrapassada tal etapa, o controle a ser exercido pela opinião pública, pelos eleitores e pelos demais órgãos públicos não será propriamente de natureza jurídica, mas sim de natureza econômica. Isto porque será dado espaço para todos avaliarem se o projeto de intervenção direta do Estado na economia revela coerência com a realidade. O mérito da decisão governamental pode inicialmente estar à margem do controle jurisdicional, mas por certo, não estará desconexo do controle social. A sociedade deve dialogar e debater com seriedade eventuais projetos de lei e leis autorizativas da criação de estatais, a correspondente alocação de recursos e os fins almejados pela correspondente empreitada.

Nada obstante, se a análise econômica der-se em sentido contrário aos fundamentos expostos pelo ente estatal, revelando sua incoerência e total inadequação à promoção do interesse público, e aos demais propósitos do Estado brasileiro, consequentemente, estaremos inexoravelmente diante de violações jurídicas, passíveis de controle por órgãos jurisdicionais. Afinal, se após o debate público forem levantados argumentos sérios e coerentes sobre o desvio de finalidade, ou mesmo, a inobservância flagrante de princípios constitucionais, não se estará propriamente diante de uma decisão apenas política e discricionária, mas sim de um programa ilegítimo e inconstitucional.

Nessa esteira, a alocação de recursos desnecessária, infundada ou mesmo desconexa às necessidades prementes da sociedade brasileira também configurará uma violação de natureza jurídica, na medida em que contrária aos princípios da moralidade e da eficiência e ao princípio republicano. A distribuição de recursos é uma das tarefas mais importantes exercidas pelo Estado, devendo, portanto, ser pautada pela probidade e pela economicidade. Logo, os custos de empreitadas interventivas devem ser contabilizados e avaliados em conjunto com o seu propósito. Se a finalidade proposta pela empresa estatal puder ser realizada por outro meio menos custoso, e/ou se ele configurar excessivamente oneroso sem resultados ou metas objetivos, restará evidente o dano ao Erário, decorrente da malversação de verbas públicas²³.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 102-103.

²³ “Evidentemente, o princípio republicano impõe a adoção de mecanismos eficazes e efetivos para resguardar a gestão de bens, dinheiros e valores públicos. E a razão para tanto chega a ser óbvia. Afinal,

Assim, os limites impostos pela Constituição Federal de 1988 para a conformação do Estado interventor são aqueles inscritos nos artigos 1º, IV; 170 e 173, e também aqueles decorrentes da cláusula do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano, dos princípios administrativos constitucionais previstos no art. 37, dos deveres de motivação e controle dos atos administrativos.

O cenário nacional ainda encontra-se em fase embrionária quanto a essa percepção do papel do setor público e das consequências não intuitivas e muitas vezes prejudiciais da assunção pelo Estado da tarefa de “gerentão” do mercado. *Nada obstante, para que possamos avaliar se as estatais estão servindo para os seus propósitos, é preciso enfim que se diga quais são eles. De que forma, por exemplo, a existência da Petrobrás S.A. e/ou Eletrobrás S.A. irá favorecer o setor de energia no Brasil? Qual o relevante interesse coletivo que elas estão promovendo?*

Essas não são respostas simples e demandam estudos econômicos que perpassam o escopo deste trabalho. Nada obstante, o que chama a atenção é que faz parte do estudo do setor público questionar por que estamos agindo desta ou daquela forma. Afinal, por que o Estado precisa fazer-se presente em tantos setores da economia? Será que o Estado assim age em prol do melhor interesse público? Por que em alguns casos a intervenção do Estado é positiva e em outros casos negativa?

Somente com a explicitação dos motivos que determinam a política intervencionista em cada caso será possível aos cidadãos efetuar o controle de seus atos, tanto sob o ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista jurídico.

4. A Intervenção Direta do Estado Pode Ser Eficiente

Por certo, não existe uma única fórmula de sucesso e a prova disso é que países com diferentes modelos de economia mista logram desenvolver-se, trazendo prosperidade para a sua população. A Noruega, por certo, é o exemplo de sucesso. A *Statoil* foi criada em 1972 como uma empresa estatal norueguesa, com o propósito de garantir os interesses comerciais do governo, sobretudo com relação à água e ao fornecimento de matéria-prima. A justificativa apresentada ademais seria que a empresa estatal permitiria o incremento de receitas públicas derivadas do petróleo.²⁴ Com efeito, este é o cenário do país escandinavo²⁵:

é exatamente por gerir a coisa pública que o administrador deve prestar contas ao verdadeiro titular dos recursos e dos bens administrados. No regime republicano, a guarda, a gestão e a utilização de bens e valores públicos sujeitam-se a uma rígida disciplina normativa, cabendo destacar que, no ordenamento brasileiro, tal disciplina encontra-se fundamentalmente delineada na própria Constituição da República, em capítulo convencionalmente designado “Constituição Financeira”. WILLEMANN, Mariana Montebello. O princípio republicano e os Tribunais de Contas. *Interesse Público*. São Paulo, vol. 10, nº 50, p. 277–302, jul./ago., 2008.

²⁴ NORENG, Øystein. State-owned oil companies: Western Europe. VERNON, Raymond; Aharoni, Yair (Editors). *State-Owned Enterprise in the Western Economies*. New York: Routledge Revivals. 2014. p. 133-144.

²⁵ CHADE, Jamil. Noruega o país mais próspero do mundo. *Estadão*, São Paulo, 13 abr. 2014. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,noruega-o-pais-mais-prospero-do-mundo-imp,1153141>.

NORUEGA O PAÍS MAIS PRÓSPERO DO MUNDO: TONSBERG (...)

Quarenta anos depois da descoberta de petróleo no Mar do Norte, a Noruega conseguiu traduzir esse recurso natural em prosperidade e igualdade. Pela primeira vez em 2014, um país terá um Produto Interno Bruto per capita acima de US\$ 100 mil e, segundo a ONU, jamais uma sociedade atingiu nível de desenvolvimento humano igual ao de Oslo. O salário mínimo é de 4,8 mil, cerca de R\$ 14 mil, o desemprego de 2% e, mesmo em uma era de austeridade, o sistema do bem-estar social se manteve intacto. A Noruega foi um dos poucos países a atravessar a crise global sem grandes impactos e, nas últimas eleições, o único debate era o que fazer com o dinheiro que sobra nos cofres públicos.

ESTATAIS: Mas o modelo norueguês também tem outro componente: a forte presença do Estado em praticamente todos os campos da economia. Segundo especialistas, essa tendência começou depois da 2ª Guerra Mundial, quando o governo nacionalizou empresas ligadas à Alemanha. Assim, o Estado ficou com 44% das ações da Norsk Hydro, tem participação de 37% na Bolsa de Valores de Oslo e dezenas de empresas. O capitalismo de Estado fez com que economistas ironizassem a situação chinesa. Uma piada contada entre analistas aponta que, no fundo, o modelo desenvolvido pelo Partido Comunista Chinês nos últimos dez anos não passa de uma cópia do modelo norueguês existente há meio século. Hoje, o Estado controla a petroleira *Statoil*, o grupo de comunicações Telenor, a fabricante de fertilizantes Yara, e o maior banco do país, DnBNor.

Veja-se, portanto, que no caso da Noruega, o Estado atua diretamente no mercado, seja por meio de estatais, seja por meio da participação em empresas privadas. Logo, ao que tudo indica, o país encontrou o ponto ótimo para a proposta de uma economia mista, dosando com maestria os espaços destinados à livre iniciativa e à intervenção estatal.

Em entrevista concedida à Revista *Veja*, em 17/02/2013, o Presidente da *Statoil*, trouxe à tona um ponto fundamental do modelo de exploração de petróleo norueguês: a incessante busca pela eficiência:

A *Statoil* não tem direito automático sobre todas as áreas exploratórias como a Petrobrás, que recebe pelo menos 30% de cada bloco licitado. Na Noruega, temos que competir *com gigantes multinacionais como Exxon, Shell, BP e Chevron*. E também podemos decidir em quais licitações entrar. Isso é bom para a empresa, porque não nos obriga assumir negócios que

não nos interessam, e benéfico à economia do país. A lógica que nos rege não é a reserva de mercado, mas a da busca da eficiência. Felizmente, há um razoável consenso entre os políticos noruegueses de que a competição é um valor inabalável.

(...)

Como fazer com que empresas que têm reserva de mercado busquem eficiência e se tornem competitivas?

Um bom marco regulatório, que lhes imponha metas e estabeleça um prazo para o fim dos subsídios, já é um bom começo. Mas é preciso, antes de tudo, criar meios para que a busca pela competitividade se torne parte indissociável da cultura das companhias que recebem um empurrão do estado. É um processo lento, gradual, que depende ao mesmo tempo delas, das agências reguladoras e do próprio governo.²⁶

Na Statoil, somos obrigados a pensar nisso todos os dias. *Pagamos 78% de impostos sobre a atividade petrolífera. É impossível sobreviver e dar lucro aos acionistas sem ganhar eficiência e baixar custos. Os políticos nos deixam trabalhar guiados pelas leis de mercado por entender que, quanto mais crescemos, mais impostos pagamos.*

(...)

A Statoil não sofre interferência do governo e dos políticos?

Não. O governo norueguês tem 65% das ações, mas apenas um único representante no comitê que nomeia os conselheiros. Em 2001, quando passamos a vender ações na bolsa, o estado norueguês assumiu publicamente o compromisso de nunca, sob hipótese alguma, tentar arbitrar os rumos da companhia. Minha obrigação é gerar valor para os acionistas. Se falhar, o governo me manda embora. Se não fosse assim, jamais teríamos conseguido quintuplicar a produção na área internacional na última década.

(...)

A Statoil não precisa pedir autorização ao governo para aumentar o preço dos combustíveis?

Claro que não. O preço dos combustíveis deve ser regulado pelo mercado global, não pelo governo. Vendemos nossos produtos no exterior e estamos bem cientes de que os valores no mercado interno devem refletir as cifras internacionais. Grifou-se.

²⁶ <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-presidente-da-estatal-de-petroleo-da-noruega-uma-das-gigantes-do-ramo-informa-la-o-governo-nao-se-mete-na-empresa-se-ela-nao-der-lucro-me-madam-embora-Conta/>

O que se pode concluir a partir das respostas apresentadas pelo representante da *Statoil* é que a Noruega de fato assimilou o conceito fundamental do modelo capitalista, a saber, a liberdade de concorrência e de autodeterminação dos mercados. A sua ação como Estado é indutora e facilitadora, mas não substitutiva. Não há a preocupação que as empresas estatais representem interesses do Poder Público, ao revés. Uma vez criadas, elas são lançadas para em pouco tempo viverem livremente no mercado. E essa é a maior garantia de que elas irão prosperar. Imersas em um ambiente de grande competição, sem as amarras políticas, e os seguros de “ser governo”, elas produzirão livremente, buscando a eficiência como mecanismo necessário à sobrevivência.

O caso dos EUA também merece a devida consideração. Isso porque, apesar de associarmos este país à máxima do liberalismo econômico, poucos se atentam para o fato de que ele também possui uma configuração de uma *economia mista*, com a participação direta do Estado no mercado. Logo, o discurso de um Estado mínimo associado a diversos setores da sociedade americana não reflete com exatidão o tamanho do setor público na economia.

The government corporation model has been utilized by the federal government for over a century. Today’s government corporations cover the spectrum in size and function from large, well-known entities, such as the U.S. Postal Service and the Federal Deposit Insurance Corporation, to small, low-visibility corporate bodies, such as the Federal Financing Bank in the Department of the Treasury and Federal Prison Industries in the Department of Justice.²⁷

Afinal, os EUA também possuem diversas empresas estatais que atuam de forma diversificada no cenário econômico. O mais curioso é que, diferentemente do que se poderia imaginar, também lá a criação de tais corporações não possui uma lógica clara. Fruto de diversas ações pontuais e não coordenadas de políticas públicas promovidas por diversos governos, as estatais americanas sofrem os mesmos problemas identificados no cenário brasileiro: ausência de um marco regulatório eficiente capaz de conferir uniformidade²⁸, previsibilidade e coerência sistêmica, falta de clareza ao processo de controle orçamentário e finalístico, baixa repercussão de suas ações no debate público. Vale dizer, as estatais nos EUA não são foco da preocupação dos agentes públicos e da sociedade civil, passando despercebidas no cenário nacional.

²⁷ KOSAR, Kevin R., (Analyst in American National Government – Congressional Research Service), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (Prepared for members and committees of Congress. Summary).

²⁸ The GCCA is not a general incorporation act such as is in effect in the states. The charter for each federal government corporation is the separate enabling legislation passed by Congress. The GCCA also does not offer a general definition of what constitutes a government corporation. It simply enumerates the organizations covered by the act. In: KOSAR, Kevin R., (Analyst in American National Government – Congressional Research Service), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (Prepared for members and committees of Congress. p. 4).

Within the executive branch, no one agency is responsible for the oversight and supervision of government corporations. Neither the House nor the Senate have single committees with the responsibility to oversee all government corporations. Instead, each corporation is overseen by the committee(s) with jurisdiction over its policy area. Many government corporations, such as the Tennessee Valley Authority, have been established to exist in perpetuity. Other government corporations, such as the U.S. Enrichment Corporation, though, have been designed to serve as transition vehicles to transform from governmental entities into private firms.

Congress at times has found the government corporation an attractive governance option. A well-designed and -operated government corporation does not require annual appropriations because it generates revenues from the provision of goods and services. Moreover, each government corporation may be endowed with the administrative flexibilities required to accomplish its goals while remaining responsive to Congress and the President. Finally, as noted above, the government corporation may be established to serve an enduring purpose or may serve as a vehicle for privatization.²⁹

Para melhor entender a natureza, os objetivos e as consequências desse fenômeno da Administração Pública, o Congresso Americano promoveu a elaboração de três relatórios sobre “government corporations”, nos anos de 1988, 2005 e 2011³⁰. Tais relatórios são fonte riquíssima de informações sobre a estrutura das estatais nos EUA. Para o presente trabalho, além das considerações expostas linhas acima, convém chamar a atenção para o seguinte tópico: a preocupação constante em debater a *funcionalidade* das estatais. Senão, vejamos.

One corollary of limited central management oversight of government corporations is the lack of answers to fundamental issues regarding when and how government corporations ought to be created and utilized. There are at least two schools of thought respecting the proper use of the government corporation option relating to its structure, authority, and financial systems. One school holds that government corporations, including agencies called corporations but which do not perform commercial activities, should be encouraged, provided maximum policy and financial autonomy, and be subject to such oversight as is appropriate for other agencies and instrumentalities in the same policy field. The legal responsibilities of the corporation should be located in its enabling statute.

²⁹ KOSAR, Kevin R., *Op. cit. Summary*

³⁰ KOSAR, Kevin R., *Op. cit.*

*The position of the second school is that government corporations should be established only when appropriate criteria and standards, developed by a central management agency, are met. Such standards should be reflected in a national incorporation law and apply to all proposed and functioning corporate bodies properly defined. Government corporations should be considered to be part of the executive branch, but with recognition of their distinctive needs and oversight requirements as a category of institutions*³¹. Grifou-se.

Além disso, os EUA visualizam para as estatais uma função bastante particular: muitas são criadas com o propósito de servirem de veículo de transição para a privatização de determinadas atividades econômicas. Essa proposta decorre diretamente da cultura propagada pela sociedade norte-americana de que a livre concorrência e a liberdade de autodeterminação dos mercados são essenciais para a prosperidade do país. Assim, nos EUA, muitas estatais assumem essa função para nós vista como *sui generis*.

O exemplo de sucesso apresentado pelo relatório de 2011 para a “estatal-ponte” diz respeito à empresa *CONRAIL*, criada pelo Congresso americano no ano de 1976, como resultado da reunião de sete empresas privadas da área de ferrovias que entraram em processo falimentar. Para a recuperação do setor, foram investidos 8 bilhões de dólares, no período de 10 anos. Com um projeto de reestruturação e bases fortes para a sua recolocação na iniciativa privada, a *CONRAIL* foi revendida para a iniciativa privada, operação que garantiu ao governo o resgate de 2 bilhões de dólares. Para o governo, contudo, o benefício direto deste projeto consistiu no oferecimento de um sistema ferroviário de qualidade para a região nordeste do país.

A comparação com a Noruega e os EUA evidencia que a discussão sobre a participação direta do Estado na economia *per se* há muito deixou de ser questionada. Vivemos em um mundo onde a maioria dos países está fundada em economias mistas, com ampla participação do Estado e da iniciativa privada na formação dos mercados. A questão que emerge, portanto, é mais complexa e está associada basicamente à *eficiência*. Por que o setor público em alguns países consegue lograr bons resultados e, em outros, a sua participação evidencia verdadeira tormenta e insegurança aos investidores? Se a eficiência não está associada ao setor privado por si só, podendo ser alcançada também pelo setor público, o que de fato alimenta o sucesso?

Novamente, a comparação entre os países citados e o Brasil nos dá alguns *insights*. Ao que tudo indica, a eficiência está estritamente associada à livre concorrência, à acirrada competição entre os atores econômicos e a autodeterminação dos mercados, somada à participação do Estado como indutor em espaços de maior fragilidade, em alguns casos intermitente, em outros, perene. Assim, o que se nota nas economias mistas bem-sucedidas é que o Estado não atua

³¹ KOSAR, Kevin R., *Op. cit.* p. 11.

sob a ótica monopolista, ao revés, parte substantiva de sua energia é dedicada a fomentar a livre iniciativa e a competição. Isso não significa que ele esteja fora do espaço econômico, ao revés, significa que ele tem a compreensão dos efeitos nefastos do monopólio para a economia e, principalmente, para a sociedade. Não se está diante de um jogo de poder entre governo e iniciativa privada, mas sim, em uma equipe de trabalho, em que cada ator sabe a devida extensão das suas forças e das suas capacidades.

Nesse mesmo sentido, Joseph E. Stiglitz afirma que a máxima de eficiência do setor privado em contraposição ao setor público não é verdadeira. Nada obstante, ele aponta os principais equívocos do setor público, que, em geral, acabam levando à sua ineficiência: (i) baixa restrição orçamentária; (ii) espaço de competição limitada; (iii) atuação política; (iv) falta de competitividade; e (v) regime jurídico público-pessoal e orçamento³².

A existência de uma relação de “paitrocínio” entre a Administração direta e a empresa estatal seria o primeiro dos problemas de eficiência. Tal expressão, cunhada pela sabedoria popular para identificar casos em que as pessoas são sustentadas pelos pais, bem exemplifica o cenário de leniência próprio das empresas estatais. Não existem limites de caixa para a empresa, que em momentos de sufoco pode se beneficiar de aportes diretos do Erário e/ou de empréstimos com taxas de juros muito abaixo daquelas oferecidas pelo mercado³³. Como tampouco existe a preocupação com estimativas de lucro econômico³⁴ e consequências fatais da má-administração, qual seja, a falência, não existem os incentivos para a maximização da produção e a construção de um projeto eficiente.

O espaço de competitividade limitado também prejudica o desempenho das estatais, na medida em que não existe disputa pelo mercado. O resultado é o decréscimo nos níveis de qualidade e de inovação dos produtos, em prejuízo dos consumidores. O papel político exercido pelos governantes também afeta a produtividade das empresas estatais, que acabam tendo que seguir um plano de governo e não um plano empresarial. O regime jurídico híbrido também é um entrave para o processo de contratação de pessoal, de compra de insumos e de planejamento orçamentário.

Em suma: a falta de liberdade, de risco e de flexibilidade próprias do setor público são contraproducentes para a formação de uma estratégia empresarial. Isso não significa, contudo, que seja impossível ao Estado tornar-se eficiente, mas, para tanto, este teria que se lançar em setores da iniciativa, despedido dos ônus e bônus de ser governo. Essa é a parte mais difícil.

³² STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 198/206.

³³ “A special type of subsidy is government provision of credit below market interest rates, in the form of low-interest loans and loan guarantees”. STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 31.

³⁴ O lucro contábil consiste no lucro obtido por uma empresa a partir da análise dos seus custos e de seu faturamento. O lucro econômico leva em consideração o custo de oportunidade, isto é, somente pode-se falar em lucro se o rendimento obtido com aquela atividade empresarial for superior à remuneração do dinheiro investido no mercado.

Esta tem sido a lógica da União Europeia, ao aplicar aos Estados-membros restrições à atuação de empresas estatais: a proteção da livre concorrência³⁵. Para o bloco, o efeito negativo à economia não está na exploração de uma atividade econômica e/ou prestação de serviço por uma empresa cuja titularidade seja pública. A preocupação está na inserção no mercado comum de empresas beneficiadas por subsídios e benefícios não extensíveis aos demais agentes, e, portanto, fomentadores do desequilíbrio concorrencial. Vale aqui o registro dos artigos 31 e 87 do Tratado da Comunidade Europeia:

31. 1. Os Estados-Membros adaptarão os monopólios nacionais de natureza comercial, de modo a que esteja assegurada a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-Membros, quanto às condições de abastecimento e de comercialização. O disposto no presente artigo é aplicável a qualquer organismo através do qual um Estado-Membro, de fato ou de direito, controle, dirija ou influencie sensivelmente, direta ou indiretamente, as importações ou exportações entre os Estados-Membros. Estas disposições são igualmente aplicáveis aos monopólios delegados pelo Estado.

87.1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são compatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.³⁶

Assim, com o passar dos anos, a União Europeia vem, através de sua Corte e por meio da elaboração de boletins, delimitando o conceito de subsídio. O principal critério utilizado tem sido o princípio do “típico investidor de mercado” (*market investor criterion*). Basicamente, a ideia que se dissemina é que o aporte estatal tem que apresentar

³⁵ “As a result, typical mixed economy is characterized by a merger of two functions in public authorities: they act both as a regulator of the public interest and as a participant in economic life. In principle the EC Treaty does not affect such State intervention: as owner or manager, the State must be treated on an equal footing with private owners or managers; as regulators, States can rely on their original socio-economic powers, protected by the principle of subsidiarity. The investing States’s powers are, however, not unlimited. As far back as 1964, in *Costa v. E.N.E.L.*, the Court of Justice stressed that the Treaty’s neutrality regarding States nationalization programmes does not imply that such nationalizations may violate the Treaty rules and, in particular, the rules regarding free movement or competition. Later the Court held, in *France v. Commission and RTT*, that a member State may not entrust a public body with regulatory powers if that body at the same time operates in the field it seeks to regulate and competes in that field with other undertakings. The Court thus invalidated one of the core motives of public ownership, i.e. the concentration of regulatory and operational functions in one public body – at least for sectors in which competition is actually or potentially present”. VERHOEVEN, Amaryllis. *Privatisation and EC law: is the European Commission ‘Neutral’ with respect to public versus private ownership of companies?* Download pelo Heinonline em 02 maio 2014 (45 Int’l & Comp. L.Q. 861 1996).

³⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). *Direito administrativo empresarial*; RODRIGUES, Bruno Leal. *Estatais no direito internacional* (p. 11-31), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

características semelhantes a um aporte típico de mercado. Se essa injeção de recursos estiver em um cenário de suposto superfaturamento de cotas, retorno antecipado de investimentos, socorro a empresas em processo falimentar entre outras, estar-se-á diante de uma intervenção estatal que não coincide com os valores de um modelo liberal e, portanto, não passíveis de serem explorados sob o âmbito da União Europeia³⁷.

O ponto, contudo, a ser ponderado nesse caso é que, por certo, tal postura somente poderá ser compatível com economias mistas se houver espaço para atuação dos Estados quando ocorram falhas de mercado, casos em que a intervenção direta do Estado na economia fomentaria a competição e o reequilíbrio de forças no mercado, objetivo principal do modelo econômico do mercado comum.

Superada essa etapa, há ainda que se chamar atenção para outro ângulo do conceito de eficiência, não apenas atrelada à empresa, mas sim ao *conjunto do mercado*, vale dizer, aos atores de determinado setor, na tarefa que lhes é incumbida de produção de determinado bem ou serviço.

Assim, a pergunta que deve ser feita não se restringe à eficiência desta ou daquela empresa estatal, mas sim, quanto à eficiência de determinada política setorial. A pergunta que cabe à sociedade brasileira é muito mais ampla: por exemplo, o setor enérgico no Brasil é eficiente? Os custos de se manter uma empresa estatal são compensados pelos seus benefícios? Quais são eles?

Logo, a discussão sobre a titularidade pública ou privada de determinada empresa perderia o sentido em se tratando da análise de eficiência do setor público, uma vez que esta não estaria atrelada a um corpo empresarial, mas ao resultado obtido pelo conjunto do mercado. Uma empresa estatal, assim, pode apresentar lucro contábil e/ou econômico, parecendo dotar de eficiência e, ao mesmo tempo, representar um atraso para o desenvolvimento de determinado setor daquele país. Noutro giro, uma empresa particular pode falir, sendo integrante de um setor altamente produtivo. Isso ocorre porque o fator essencial para o sucesso da economia não está no lucro, mas sim, na competitividade.

Dessa forma, a questão do lucro de uma estatal não se revela por si só essencial para a aferição de eficiência. O lucro somente será um fator caracterizador da prosperidade da empresa se estiver associado à livre concorrência. O lucro decorrente da atuação monopolística não é algo positivo, mas evidentemente o resultado natural do controle do mercado. Os detentores de monopólios detêm um poder desmedido sobre a produção, provocando desequilíbrios artificiais na relação de oferta-demanda e na qualidade do bem ou serviço oferecido. Logo, a monopolização dos setores produtivos pelo Estado, muito embora seja lastreada em discursos de promoção do bem-estar social ou no fatídico interesse público, na prática, podem produzir o efeito inverso, prejudicando o setor e, conseqüentemente, o cidadão e/ou seu consumidor final. Em suma, a produção de lucro analisada isoladamente não é um bom critério para se aferir a eficiência da atuação do Poder Público.

³⁷ VERHOEVEN, Amaryllis. *Op. cit.* (45 Int'l & Comp. L.Q. 861 1996).

5. Limites Constitucionais e Econômicos para a Criação de Estatais com Finalidade Única de Lucro

Noutro giro, a criação de empresas estatais com a única finalidade de produzir lucro, ideia que vem sendo ventilada a partir do crescimento do Capitalismo de Estado, também demanda certa ponderação. Como visto anteriormente, não se trata de se perquirir aqui somente os limites jurídicos desta empreitada. A questão é saber quais os efeitos práticos da participação do agente público como um agente privado, voltado a investir em corporações com a finalidade de lucro.

É preciso cuidado aqui para diferenciar duas situações distintas. A primeira delas diz respeito à modelagem de setores estratégicos, exploradores de bens públicos, como é o caso do petróleo e seus derivados. Tais recursos naturais são tidos pela Constituição Federal como bens públicos e sua exploração, a grosso modo, consiste na transformação desses bens em recursos públicos. Esse é o raciocínio que fundamenta a criação de parte dos fundos soberanos: determinados países possuem riquezas naturais que devem ser preservadas e utilizadas com parcimônia pela presente geração, como forma de garantir o futuro, uma vez que se trata de fontes não renováveis, com uma vida útil. Esse “lucro” acaba sendo dirigido para um fundo, que passa a gerenciar as reservas da sociedade, como uma espécie de previdência.

Outra situação diferente é a escolha de um Estado em adentrar em determinado setor da economia, em concorrência com a iniciativa privada, com o único propósito de dividir mercados e obter lucros oriundos da exploração de determinada atividade econômica. Por exemplo, o Estado avaliaria o cenário econômico, identificando na produção de calçados um forte nicho econômico, e passaria a atuar com uma empresa estatal de produção de calçados, digamos *Brasil Calçados*. Isso seria juridicamente possível e economicamente sustentável?

A resposta no âmbito jurídico fundamenta-se na interpretação sistemática do princípio da subsidiariedade e dos demais princípios administrativos, do princípio republicano e da moralidade, tal como expostos linhas acima. Se o Estado brasileiro tem como objetivo promover o bem-estar social, através de um sistema democrático, pautado em direitos fundamentais, pelo qual os recursos públicos serão administrados de forma transparente e pública em prol da própria sociedade, qual seria o objetivo do Estado em assumir a função de um empresário?

A assunção deste papel com único objetivo de produzir riquezas revela-se destoante dos propósitos de atuação do Estado. Além disso, a própria Constituição Federal definiu em seu art. 170 que a ordem econômica será pautada pela livre iniciativa, como regra, para posteriormente apresentar as exceções no art. 173, a saber, a segurança nacional e o relevante interesse coletivo. A participação do Poder Público no mercado como agente privado voltado *tão somente* para a obtenção de lucro não está inserida nem no conceito jurídico da primeira nem da segunda expressão. Logo, a criação de tal empresa nos termos acima ventilados seria de todo inconstitucional.

Por certo, embora dotado de plasticidade, o conceito jurídico indeterminado de “relevante interesse coletivo” não poderia restringir-se à simples atividade pretensamente arrecadatória. Isso porque a obtenção de recursos públicos para a consecução dos objetivos constitucionais não é um fim em si mesmo, mas apenas um móvel para a realização de outras finalidades públicas. Logo, admitir-se que o mecanismo arrecadatório estaria no mesmo patamar dos programas constitucionais significaria uma inversão do sentido excepcional inerente ao art. 173, com o prematuro ocaso do vocábulo “relevante” contido na mencionada expressão.

Nada obstante, por amor ao debate, imaginemos que se entendesse pela corrente contrária à existência do princípio implícito da subsidiariedade. Também aqui não seria possível ao Estado adentrar em determinado setor da economia com a finalidade exclusiva de lucro, uma vez que o exercício de qualquer atividade econômica por si só tem como característica essencial o risco do negócio. Vale dizer, muito embora a finalidade do Estado seja o lucro, ele é uma incerteza, diante da lógica de mercado. Logo, o Estado estaria na prática deslocando verbas públicas, ou contraindo empréstimos, que poderiam ser investidos em projetos destinados a fins constitucionais, para a criação de empresas que podem ou não reverter em arrecadação estatal. Tal atitude choca-se frontalmente com o dever de cautela e probidade próprios do Administrador Público. A preservação e a boa versação das verbas públicas são posturas que decorrem diretamente do princípio da moralidade e do princípio republicano³⁸. A gestão pública dos recursos coletivos, portanto, não admite a assunção desmedida e descompromissada de riscos próprios da atividade empresária.

Sob a ótica econômica, também é preciso compreender quais seriam os incentivos do Estado para buscar lucro por meio de uma atividade empresarial, naturalmente fundada no risco? Se um determinado setor produtivo é extremamente rentável, por certo existirão investidores privados interessados em assumir o negócio e, nesse caso, o Estado cobrará deles os tributos devidos, transformando parte da riqueza individual em riqueza coletiva. Portanto, não haveria incentivos racionais ao Estado para a criação de uma empresa pública voltada exclusivamente para a arrecadação, uma vez que ela já é feita de forma segura por meio do processo de tributação.

³⁸ “Ementa: AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM ALEGAÇÃO DE FRAUDE. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE SENSÍVEIS. RECONSIDERAÇÃO DO VOTO JÁ PRÓFERIDO. AGRAVOS REGIMENTAIS PROVIDOS PARA DETERMINAR A SUBMISSÃO DO FEITO À REPERCUSSÃO GERAL. 1. A definição do termo inicial para a propositura da ação rescisória em casos de alegada fraude contra o Erário e contra a administração da Justiça em matéria trabalhista é debate impregnado de índole constitucional, na medida em que contrapõe, de um lado, o valor segurança jurídica, materializado na necessidade de marcos temporais para ajuizamento da ação rescisória; e de outro lado, princípios republicanos e democráticos sensíveis como moralidade, eficiência na gestão dos recursos coletivos, amplo acesso a Justiça e devido processo legal, os quais apontam para a necessidade de instrumentos jurídicos que não embaracem a efetividade do controle estatal direcionados à boa gestão dos recursos coletivos. 2. Agravos regimentais a que se dá provimento (STF, ARE 678782 AgR / AM – AMAZONAS, Min. Re. Luiz Fux, Primeira Turma, com julgamento em 03/09/2013). Grifou-se.

Vale dizer, o Estado poderá arrecadar recursos por meio dos impostos e taxas, sem a necessidade de se descapitalizar ou buscar empréstimos, podendo alocar esses recursos em áreas sociais ou econômicas deficitárias. Caso no dia de amanhã o setor entre em colapso, o Estado apenas deixará de arrecadar os valores a título de tributos. Não haverá a necessidade de desfazer-se de um “elefante branco” de uma empresa estatal falida. Ou seja, percebendo-se o processo de arrecadação de recursos por uma ótica mais ampla, não há dúvidas de que a tributação é muito mais eficiente e segura que o risco inerente à livre iniciativa.

Noutro giro, o balanço deficitário também não é suficiente para a criação de uma empresa estatal, com a pretensa finalidade de lucro, uma vez que recursos financeiros estão à disposição no mercado por meio de empréstimos. Assim, o Estado necessitaria de antemão provar que a verba pública investida em uma empresa estatal traria um lucro econômico certo, o que é, acho, impossível de se garantir quando se trata de atividades em curso na livre iniciativa.

Além disso, qual seria a responsabilidade de um agente público que provocasse rombos no orçamento público pela escolha de negócios de insucesso, que ao final não gerassem qualquer externalidade social? Considerando todos os fatores de ineficiência apontados pela literatura comuns ao setor público, a sua atuação mercadológica demandaria a superação de muitos obstáculos, que, ao fim e ao cabo, não logriam superar uma análise séria de custo-benefício.

Em suma, aqui os argumentos jurídicos de certa forma mesclam-se com os econômicos. Se o Estado brasileiro, afinal, forjou por meio da Constituição Federal de 1988 um sistema seguro de arrecadação de recursos por meio da tributação, como poderia o Poder Público adentrar na iniciativa privada, cuja característica principal é o risco, alocando recursos públicos para uma empreitada de incertezas? A gestão dos recursos públicos a cargo da Administração Pública não abre espaço para esse tipo de volatilidade, seja porque economicamente ela é desprovida de sentido, seja porque, juridicamente, ela está condicionada à gestão cautelosa e responsiva das verbas públicas.

6. Conclusão

A obsessão com o controle da economia pelo estado brasileiro tem revelado um modelo que, muito embora tenha ganhado um nome da moda: “Capitalismo de Estado”, revela-se antiquado quanto aos seus propósitos e consequências. A forte ingerência política nos traz dia após dia exemplos de centralização e autoritarismo, que destoam da proposta democrática da Carta de 1988. Além do mencionado exemplo do congelamento dos preços de combustíveis, imposto à Petrobrás S.A., determinante de um plano de governo e não de um plano empresarial, prejudicial à estabilidade e à segurança dos mercados, começamos a vivenciar uma ingerência autoritária também sobre o *discurso* do mercado. Em recente episódio, o Banco Santander divulgou nota a seus correntistas, informando-os sobre os riscos e incertezas decorrentes da vitória da candidata Presidente da República. A reação imediata do governo foi a interferência

junto à direção do banco, episódio que resultou na promessa de demissão de funcionários da referida instituição financeira³⁹.

Esse apetite voraz pela onipresença na economia, com a confusão indevida entre política pública, política de governo e política econômica, tem gerado inúmeras mazelas que em pouco tempo serão sentidas por toda a população. O baixo crescimento do país revela a inabilidade deste modelo de Capitalismo de Estado a médio e longo prazo. Simplesmente, o país não consegue investir na ampliação da infraestrutura e na dinamização dos negócios. É impossível diante do cenário econômico atual do Brasil falar em eficiência.

Isto não significa, contudo, que devemos rechaçar um modelo de economia mista, fundado na participação simultânea do Estado e da iniciativa privada no desenvolvimento do mercado. O que se busca é fomentar os estudos sobre o setor público, voltados para a análise da proporção ideal de intervenção direta e indireta do Estado na economia, que se mostrem eficientes para o país.

Como visto, a livre concorrência permite a criação de um cenário de competição, essencial para a formação de uma estratégia empresarial eficiente. Se diversas empresas estão imbuídas do mesmo espírito, o produto final será entregue com mais qualidade ao consumidor, que poderá comparar as diferentes opções, escolhendo a que entender mais apropriada às suas expectativas. A competição é excelente para o mercado e principalmente para os consumidores, mas por certo provoca perdas àqueles que não estão suficientemente capacitados para a referida empreitada. Por isso, a análise de eficiência do setor público jamais pode ser considerada como um ponto isolado, vale dizer, como a eficiência da empresa, porquanto a eficiência é um adjetivo a ser conjugado com o mercado. Um mercado eficiente promoverá a bancarrota de algumas empresas, que serão excluídas da corrida comercial. Trata-se de um raciocínio muitas vezes contra intuitivo.

Considerando que os termos “interesse público”, “segurança nacional”, e “bem-estar coletivo”, abarcam diversos significados, abrindo espaço na prática para a criação formal de qualquer estatal, o controle sobre esse processo deverá ser mais intenso sobre a motivação econômica. Apenas com a análise dos objetivos econômicos e do projeto de eficiência setorial será possível confrontar os propósitos de uma empresa estatal e as atividades rotineiras levadas a cabo pelo Poder Público. Vale dizer, por meio da fiscalização dos fins econômicos será possível alcançar a análise de juridicidade do modelo escolhido pelos governantes. Afinal, se uma empresa estatal é criada com recursos públicos e segue sendo utilizada para a promoção de objetivos políticos, prejudiciais ao desenvolvimento nacional, à livre concorrência, à livre iniciativa e também ao próprio Erário, sem receio poderemos afirmar que na prática a sua existência confronta-se com os propósitos últimos da Constituição Federal de 1988, consolidados no Estado Democrático de Direito.

³⁹ FARJARDO, Vanessa. Presidente do Santander diz que texto contra Dilma resultou em demissão. *G1*, 29 jul 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/07/presidente-do-santander-diz-que-demitiu-autor-de-informe-contra-dilma.html>

Bibliografia

AMATORI, Franco; MILLWARD, Robert; TONINELLI, Pier Angelo. *Reappraising state owned enterprise: a comparison of the UK and Italy*. New York/London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Editora Malheiros: 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BREMMER, Ian. *The end of free market. Who wins the war between states and corporations?* New York: Portofolio, Penguin Group. 2010.

BREMMER, Ian. *Every nation for itself: winners and losers in a G-zero world*. New York: Portofolio, Penguin Group. 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O lucro nas empresas estatais*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, nº 37, abr/jun. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

HAMATU, Newton Kenji. *O processo de internacionalização das empresas de Brasil, China e Índia no período recente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Economia da Universidade de Campinas (UNICAMP), Campinas/SP.

KOSAR, Kevin R., (*Analyst in American National Government – Congressional Research Service*), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (*Prepared for members and committees of Congress*). Summary.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.) *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. 2009. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da USP, São Paulo/SP.

SMITH, Peter Seaborn. *Petrobras: the politicizing of a state company, 1953-1964*. *The Business History Review*, vol. 46, nº 02 (Summer, 1972), p. 182-201. Published by The President and Fellows of Harvard College (J Store – URL: <http://www.jstor.org/stable/3113504>).

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO). *Government Corporations: Profiles of existing government corporations*. December, 1995 (GAO /GGD-96-14).

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO). *Profiles of existing government corporations*. December, 1988.

VERHOEVEN, Amaryllis. *Privatisation and EC law: is the European Commission 'Neutral' with respect to public versus private ownership of companies?* Download pelo Heionline em 02 maio 2014 (45 Int'l & Comp. L.Q. 861 1996).

VERNON, Raymond; Aharoni, Yair (Editors). *State-Owned Enterprise in the Western Economies*. New York, Routledge Revivals. 2014.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). *Direito administrativo empresarial*; RODRIGUES, Bruno Leal. *Estatais no direito internacional* (p. 11-31), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WILLEMANN, Mariana Montebello. *O princípio republicano e os Tribunais de Contas*. *Interesse Público*, São Paulo, vol. 10, nº 50, p. 277-302, jul./ago., 2008.

A Nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas: Convergências e Divergências com a Lei de Improbidade Administrativa

Emerson Garcia*

Sumário:

1. Aspectos Introdutórios. 2. Convergências e Divergências entre a LRPJ e a LIA. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Em um Estado de Direito em que os padrões éticos e morais vigentes no ambiente sociopolítico não são propriamente um exemplo de perfeição conceitual, é natural seja enaltecida qualquer iniciativa voltada ao combate à corrupção. Trata-se de fenômeno deletério de contornos universais, mas que se manifesta, com assustadora intensidade, em países de modernidade tardia, com especial ênfase para a África e a América Latina.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispôs sobre a responsabilização de pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e logo recebeu a pomposa alcunha de “Lei Anticorrupção”. Em uma população com elevados níveis de analfabetismo e que, ano após ano, tem se mostrado absolutamente incapaz de desenvolver a moral crítica a que se referiu Hart (2001: 201), alcunhas como essa assumem vital importância. Podem consagrar ou estigmatizar qualquer iniciativa. Talvez seja por isso que nos deparamos com uma *salada de frutas* cognominada de *banana*. Afinal, os comandos da Lei nº 12.846/2013 (LRPJ) não são integralmente direcionados ao combate à corrupção e ela, nem ao longe, pode ser considerada o principal instrumento de combate a esse fenômeno, posto há muito ocupado pela Lei nº 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa” – LIA). Doravante, esses sistemas terão de ser aplicados de forma integrada, fazendo que o Estado brasileiro dê mais um passo no cumprimento das inúmeras obrigações assumidas no plano internacional.

Apesar dessa constatação, é factível que a nova Lei de Responsabilização

* 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).

das Pessoas Jurídicas veio para somar. Essa é uma opinião mais que generalizada, partilhada tanto por aqueles que sonham com um País melhor como pelos hipócritas que sangram os cofres públicos até o limite de suas forças. Essa última categoria também é formada por aqueles que, no plano retórico, apregoam o combate à corrupção, mas, no plano pragmático, procuram delinear o sistema de modo a inviabilizá-lo.

Nossa democracia, em certa medida, é alimentada por uma espécie de cleptocracia, em que a pureza do agir e do pensar, a virtude que Comte-Sponville (1998: 191) considerou a mais difícil de aprender e captar, parece não frequentar o imaginário individual. É certo que toda generalização se aproxima da linha limítrofe da leviandade, mas não se pode ignorar que a maioria dos nossos homens públicos não inspira a confiança do povo. O que muitos não querem enxergar é que a situação já se tornou endêmica e que boa parte dos desvios de conduta encontra sustentação na base de valores partilhada por esse mesmo povo. Em consequência, os desvios deixam de ser individuais e passam a ser sistêmicos. Alteram-se os personagens, não as práticas. Portanto, não é incomum que muitos censurem a prática da corrupção e, em seu dia a dia, pratiquem-na com elevada expertise.

Reflexões em torno de nossa realidade social tornam-se particularmente relevantes ao constatarmos que a norma jurídica, longe de ser um produto pré-concebido, entregue pela autoridade competente e passível de ser tão somente apreendido pelos seus destinatários, é fruto de um processo intelectual de natureza essencialmente decisória, como é o processo de interpretação. O intérprete, ao deparar-se com o texto normativo, deve verificar o seu potencial semântico e, a partir das especificidades do contexto, realizar uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais, que culminarão com o delineamento do seu significado normativo. Como afirmou Häberle (2005: 685): “[*k*]ein (*rechtlicher*) Text ohne Kontext, kein (*rechtlicher*) Text ohne Auslegung” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação”].

Portanto, precisamos sempre lembrar que os fins a serem alcançados por uma lei serão influenciados pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas. A ordem jurídica em muito se assemelha a uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral (Cf. LEVI E WALKER, 1990: 6).

Se a norma é o resultado do processo de interpretação (Cf. MÜLLER, 2004: 258 e ss.), a ser necessariamente desenvolvido em determinado contexto, é factível que os seus defeitos e predicados serão influenciados pelo teor dos seus enunciados linguísticos, pelo contexto em que surge e pela atividade intelectual desenvolvida pelo intérprete. Portanto, uma norma “ruim” pode resultar de enunciados linguísticos ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados; de um contexto que inviabilize a materialização de certos conteúdos (v.g.: o denominado direito social à moradia, ainda que integrado pelo princípio da

dignidade humana, pode ser interpretado de modo a não dar origem a verdadeiros direitos subjetivos caso a realidade econômica do Estado simplesmente inviabilize a sua exigibilidade) ou ser o resultado de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete, por inépcia, dirigismo ideológico ou simples interesse pessoal ou corporativo, escolhe aquele menos adequado. Em qualquer caso, o intérprete sempre estará sujeito aos balizamentos do texto normativo, o que é bem diferente da criação de um padrão normativo *ex novo*.

Essas considerações de ordem preliminar bem demonstram a relevância da produção doutrinária e jurisprudencial no delineamento do significado normativo de cada um dos institutos que integram a LRPJ. Considerando os limites desse breve arrazoado, a abordagem ficará limitada à análise das situações em que se verifica a simultânea atuação de pessoas jurídicas de direito privado e de agentes públicos. Nesse caso, será preciso identificar, no âmbito do direito sancionador, as convergências e as divergências decorrentes da simultânea aplicação das Leis nºs 12.846/2013 e 8.429/1992.

2. Convergências e Divergências entre a LRPJ e a LIA

A LRPJ introduziu uma tipologia de ilícitos, passíveis de serem praticados pelas pessoas jurídicas que se relacionem com a Administração Pública, que pode redundar em (1) responsabilização administrativa, daí decorrendo a possibilidade de serem aplicadas sanções de igual natureza, e em (2) responsabilização judicial, com a aplicação de sanções de natureza cível *lato sensu*, isso sem prejuízo das sanções de natureza penal e daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992. Outro aspecto de singular relevância diz respeito ao caráter objetivo do sistema de responsabilização das pessoas jurídicas, independentemente, portanto, da demonstração de dolo ou culpa.

Os ilícitos, consoante o art. 1º, *caput*, da LRPJ, devem ser praticados em detrimento da “administração pública, nacional ou estrangeira”. A esta última foram equiparadas as organizações internacionais, que podem ser de cooperação, o modelo clássico, em que sujeitos de direito internacional se associam para a realização de objetivos comuns, ou de integração, em que os Estados-membros delegam parte de seus poderes soberanos à organização, cujas decisões projetam-se diretamente na ordem interna, do que é exemplo a União Europeia (Cf. GARCIA, 2014: 9).

No que diz respeito às pessoas jurídicas passíveis de serem enquadradas na LRPJ, dispõe o seu art. 1º, parágrafo único, que ela é direcionada “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”. Na medida em que a LRPJ alcança tanto os entes personificados como os não personificados, vale dizer, aqueles que não foram

regularmente constituídos, é factível que qualquer pessoa jurídica (v.g.: partidos políticos), cujas atividades, ainda que à margem do respectivo estatuto, possam ser consideradas típicas dos entes elencados no referido preceito, estarão sujeitas aos sistemas de responsabilização.

Além dos sujeitos ativo e passivo, existe a figura dos terceiros, epígrafe sob a qual serão incluídos aqueles que, não sendo pessoas jurídicas, concorrem para a prática dos ilícitos previstos na LRPJ. Podem ser dirigentes ou administradores da pessoa jurídica ou, mesmo, pessoas estranhas a ela. Como as pessoas jurídicas possuem autonomia existencial quando cotejadas com os seus dirigentes e administradores, é inevitável a conclusão de que a responsabilidade das primeiras não exclui a responsabilidade individual dos últimos. O diferencial é que o obrar das pessoas jurídicas deve ser aferido no plano objetivo, enquanto que os dirigentes e administradores, consoante o disposto no art. 3º, § 2º, da LRPJ, “somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”. A culpabilidade reflete o nível de aderência à conduta ilícita, o que torna imprescindível a valoração do respectivo elemento subjetivo, refletido no dolo ou na culpa. A responsabilidade, de acordo com o art. 3º, *caput*, se estenderá a qualquer pessoa natural que atue como autora, coautora ou partícipe do ilícito. O envolvimento com o ilícito pode refletir-se tanto na prática de atos que viabilizem a sua execução como na participação, livre e consciente, nas vantagens dele resultantes. Também aqui, à mingua de norma em contrário, a responsabilidade será subjetiva (Cf. GARCIA, 2015: 281-282).

A respeito da correlata responsabilização das pessoas jurídicas e das pessoas naturais, dois aspectos ainda são dignos de nota. De acordo com o primeiro, constata-se uma evidente conexão entre as demandas a serem instauradas, o que permite a tramitação simultânea das relações processuais voltadas à responsabilização das pessoas físicas e jurídicas. A distinta natureza do prisma de análise de uma e outra conduta, já que contextualizadas no plano das responsabilidades objetiva e subjetiva, não obsta o *simultaneus processus*. De acordo com o segundo aspecto, como os terceiros concorreram para a prática do mesmo ilícito imputado à pessoa jurídica, hão de sofrer as mesmas sanções a ela cominadas, desde que compatíveis com a sua condição pessoal (v.g.: a pessoa natural não pode ser dissolvida compulsoriamente) e nos limites da sua culpabilidade. Não nos parece defensável a tese que a LRPJ, ao referir-se à responsabilização dos terceiros, estaria fazendo referência a outro sistema que sequer preocupou-se em declinar. Em verdade, ao ressaltar que tal responsabilização levaria em conta a culpabilidade de cada qual, nada mais fez que estabelecer uma sistemática específica para a aplicação do sistema sancionador que veicula.

Após definir os sujeitos em potencial, a LRF veiculou, em seu art. 5º, a tipologia dos atos lesivos à Administração Pública, considerando como tais aqueles que “atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos

pelo Brasil". A generalidade dessa fórmula foi devidamente integrada pelos incisos do referido preceito, que descreveram os ilícitos passíveis de serem imputados às pessoas jurídicas, *verbis*:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A LRPJ, de forma verdadeiramente singular, veiculou uma unidade de tipologia e dispôs que os ilícitos ali descritos poderiam justificar a responsabilização administrativa e judicial dos envolvidos, daí decorrendo a aplicação das sanções previstas, respectivamente, nos arts. 6º e 19. Trata-se, como se percebe, de uma abordagem bem distinta da tradicional, em que o mesmo fato pode ser enquadrado em distintas tipologias, cada qual afeta a um sistema distinto de responsabilização

(v.g.: cível, criminal, administrativo etc.). Outro aspecto digno de nota é o de que a tipologia da LIA, diversamente ao que se verifica no âmbito da LRPJ, foi prevista em *numerus apertus*, vale dizer, os atos de improbidade previstos nos incisos dos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao patrimônio público) e 11 (violação aos princípios regentes da atividade estatal) são meramente exemplificativos.

Se a figura da pessoa jurídica é o epicentro estrutural da LRPJ, o mesmo pode ser dito do agente público em relação à LIA. De acordo com o art. 2º desse último diploma legal, é considerado agente público todo aquele que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função junto à Administração Pública ou a entes que recebam recursos públicos”.

A LIA, ademais, por força do seu art. 3º, é aplicável, “no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta”. Também as pessoas jurídicas poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade,¹ o que normalmente ocorrerá com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e necessariamente uma pessoa física, o art. 3º da LIA não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, tendo previsto que “as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público...”, o que permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas sob tal epígrafe.

As pessoas jurídicas são sujeitos de direito, possuindo individualidade distinta das pessoas físicas ou jurídicas que concorreram para a sua criação e, por via reflexa, personalidade jurídica própria. Verificando-se, *verbi gratia*, que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da LIA e que sejam compatíveis com as suas peculiaridades. Nessa linha, poderá sofrer as sanções de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários.

Observe-se, ainda, que, na maioria dos casos, será passível de utilização a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Tal ocorrerá sempre que a pessoa jurídica for desviada dos fins estabelecidos em seus atos constitutivos, servindo de instrumento à prática de atos ilícitos, de modo a manter intangível o

¹ STJ, 1ª T., REsp nº 916.895/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 1º/10/2009, DJ de 13/10/2009; e 1ª T., REsp nº 1.113.200/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 8/9/2009, DJ de 6/10/2009. Honrando-nos com a citação: STJ, 2ª T., REsp nº 1.122.177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 3/8/2010, DJe de 27/4/2011; e 1ª T., REsp nº 970.393/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 21/6/2012, DJe de 29/6/2012.

patrimônio dos seus sócios, verdadeiros responsáveis e maiores beneficiários pelos ilícitos praticados. A desconsideração da personalidade jurídica fará que os sócios, a exemplo da pessoa jurídica, também estejam legitimados a figurar no polo passivo da relação processual, estando igualmente sujeitos às sanções previstas no art. 12 da LIA.²

Especificamente em relação à aplicação de sanções, além de a LRPJ apresentar, em seu art. 7º, diretrizes mais detalhadas que a LIA, com especial realce para a necessidade de serem considerados os mecanismos internos voltados à prevenção do ilícito (mecanismos de *compliance*), também introduziu o denominado “acordo de leniência” no âmbito do processo administrativo sancionador. Esse acordo, que, longe de refletir a disponibilidade do interesse público, busca justamente assegurar a sua concretização com a maior efetividade possível, pode ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

A sistemática inicialmente estabelecida pela Lei nº 12.846/2013 foi amplamente alterada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Esse ato normativo alterou os requisitos exigidos para a celebração do acordo de leniência; eliminou a exigência de que a pessoa jurídica fosse a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar, o que abre a possibilidade de que outras pessoas jurídicas conluídas venham a trilhar o mesmo caminho, embora fosse certo que permaneceriam silentes se não houvesse o acordo inicial; dispôs que o acordo também afastaria as sanções restritivas ao direito de licitar e contratar, não estando limitado àquelas previstas na Lei nº 8.666/1993, o que permite que a pessoa jurídica continue a manter relações jurídicas com as estruturas de poder que lesara em momento anterior; e estabeleceu que a mera proposta de acordo de leniência suspende os prazos prescricionais dos atos ilícitos, enquanto a sua celebração continua a interrompê-los, sendo certo que o não acolhimento da proposta importará na devolução dos documentos apresentados à pessoa jurídica, o que significa dizer que não poderão ser utilizados em uma investigação. Note-se que a proposta de acordo pode ser feita mesmo após o ajuizamento das ações cabíveis.

A Medida Provisória nº 703/2015 ainda acresceu que o acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública impede que o ente celebrante ajuíze ou prossiga com a ação de responsabilização judicial de que trata o art. 19 da Lei nº 12.846/2013 e com a ação de improbidade administrativa. Caso o acordo também seja firmado pelo Ministério Público, em conjunto com a Advocacia Pública, nenhum dos legitimados poderá ajuizar ou prosseguir com as ações. Com isso, admitiu-se que as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 também sejam objeto do acordo de leniência, o que era expressamente vedado pelo § 1º do art. 17 desse diploma legal, preceito revogado. Caso não haja órgão de controle interno no

² STJ, 1ª T., AGRG no AREsp. nº 369.703/RO, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 10/12/2013, DJe de 18/12/2013.

ente federativo, o acordo somente será celebrado pelo Chefe do respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público. O acordo de leniência, após a sua assinatura, será encaminhado ao Tribunal de Contas, que adotará as medidas necessárias na hipótese de lesão ao erário. Esses acordos também poderão ser assinados na hipótese de ilícitos associados a licitações e contratos administrativos e, nesse caso, os processos administrativos instaurados por outros órgãos e entidades, que versem sobre o mesmo fato, serão sobrestados e posteriormente arquivados caso o acordo seja cumprido.

O nítido objetivo da referida medida provisória foi o de atenuar as consequências dos ilícitos praticados pelas sociedades empresárias envolvidas na denominada “Operação Lava Jato” e em outras similares. O complicador é que esse ato normativo é parcialmente inconstitucional, já que as medidas provisórias não podem incursionar na seara processual. É o que dispõe o art. 62, § 1º, I, b, da Constituição da República. Portanto, todos os preceitos que geram reflexos na relação processual são formalmente inconstitucionais.

No âmbito do Poder Executivo federal, a celebração do acordo de leniência foi concentrada na Controladoria-Geral da União – CGU, o mesmo ocorrendo em relação aos atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.³

A celebração do acordo exige que as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na LRPJ colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar, dessa colaboração: “I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; III – a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e IV – o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade”. Caso os objetivos visados pela lei sejam alcançados com a colaboração da pessoa jurídica e a autoridade competente negue-se a formalizar o acordo, a questão poderá ser reapreciada pelo Poder Judiciário. Afinal, a liberdade valorativa há de encontrar limites na lei e na razão.

O acordo somente poderá ser celebrado caso a pessoa jurídica “cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; a pessoa jurídica, em face de sua responsabilidade objetiva, coopere com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”; e “se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades”. Em seus termos, serão estipuladas as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo. O § 4º do art. 16 da

³ LRPJ, art. 16, § 10.

Lei nº 12.846/2013 passou a dispor que, “quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano, poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica,” o que significa dizer que a reparação do dano não é condição necessária à celebração do acordo, tal qual começava a entender parte da doutrina especializada. Essa possibilidade, não é preciso ressaltar, é de uma imoralidade ímpar.

O acordo somente deve tornar-se público após a sua efetivação, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.⁴ Uma vez celebrado o acordo, como se disse, é interrompido o prazo prescricional dos ilícitos previstos na LRPJ.⁵

A rejeição da proposta de acordo de leniência formulada pela pessoa jurídica não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado.⁶

O acordo, celebrado pela autoridade administrativa, terá como efeito isentar a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos. Poderá, ainda, reduzir a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo. Por fim, no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão. Como se disse, até o advento da Medida Provisória nº 703/2015, somente a primeira pessoa jurídica a se manifestar poderia ser beneficiada pelo acordo. Doravante, será a mais beneficiada, mas não a única.⁷ Esses efeitos serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.⁸ O acordo, de qualquer maneira, não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Caso haja descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.⁹

Não se pode deixar de observar que, em nenhum momento, foi permitida a extensão do acordo de leniência às pessoas físicas que venham a contribuir para a apuração dos fatos (Miguel Pereira Neto, 2014: 331 e ss.), embora possam figurar como terceiros em eventual ação de responsabilização.

⁴ LRPJ, art. 16, § 6º.

⁵ LRPJ, art. 16, § 9º.

⁶ LRPJ, art. 16, § 7º.

⁷ LRPJ, art. 16, § 2º.

⁸ LRPJ, art. 16, § 5º.

⁹ LRPJ, art. 16, § 8º.

Epílogo

A partir do que foi exposto, é possível afirmar que, ao nos depararmos com uma conduta para a qual concorrem a pessoa jurídica e o agente público, será necessário avaliar o seu possível enquadramento no âmbito da LIA e da LRPJ.

Na maneira como tem sido concebido e estruturado o sistema brasileiro de direito sancionador, podemos extrair dois princípios fundamentais em relação à coexistência de distintas esferas de responsabilização. De acordo com o primeiro, o sistema reconhece a independência entre as instâncias de responsabilização, que podem ser divididas em penal, *cível lato sensu* (*rectius*: responsabilização judicial com a aplicação de sanções não penais), *cível stricto sensu* (*rectius*: reparação do dano), administrativa e política.¹⁰ No âmbito de cada instância de responsabilização, é vedado o *bis in eadem*, de modo que, para cada conduta, há de corresponder um único feixe de sanções, salvo, obviamente, se forem distintos os bens jurídicos atingidos e houver distinção de tipologia. Cremos que esses princípios hão de direcionar a coexistência da LRPJ com as demais normas sancionadoras do sistema.

Acresça-se a inviabilidade fática de certas sanções serem executadas mais de uma vez, como é o caso da reparação de danos e da perda de bens. Isso, obviamente, não impede sejam aplicadas em mais de uma relação processual, já que o verdadeiro óbice é o de que sejam executadas mais de uma vez.

Não é demais lembrar que a LRPJ, em sua redação original, dispôs, de maneira expressa, em seu art. 30, que a aplicação das sanções nela previstas “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”. Com o advento da Medida Provisória nº 703/2015, esse preceito passou a dispor que não só as sanções concernentes a esses ilícitos como aquelas

¹⁰ A sistematização, enquanto disciplina autônoma, do “direito administrativo sancionador” ou do “direito sancionador administrativo”, foi proficuamente oferecida pelos juristas espanhóis. Tal certamente foi influenciado pelo teor do art. 25, 3, da Constituição espanhola de 1978, *verbis*: “[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Na medida em que a própria ordem constitucional reconheceu, expressamente, a possibilidade de a Administração impor sanções, era imprescindível identificar as bases em que tal se daria. Alejandro Nieto (2002: 22), célebre monografista do tema e cujo aprofundamento dogmático em muito dificulta a tarefa daqueles que tentam aventurar-se nessa seara, há muito esclareceu a funcionalidade do “*derecho administrativo sancionador*”: ele decorre do poder sancionador da Administração, tão antigo que, durante vários séculos, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Referido poder, à evidência, coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos Países, à seara penal. Esse aspecto também foi realçado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2004: 163), ao afirmarem, referindo-se à “*potestad sancionatoria administrativa*”, que “[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”. Portanto, o direito sancionador espanhol é subdividido em administrativo e penal, sendo sensivelmente mais restrito que o brasileiro, que também conta com aquele de contornos cíveis. Cf. GARCIA, 2015: 622-623.

contra a ordem econômica, previstas na Lei nº 12.529/2011, poderão ser afastadas caso o acordo de leniência assim disponha.

Diversamente ao que se verifica em relação à Lei nº 8.429/1992, em que é imprescindível o envolvimento de um agente público para a sua incidência, tal é dispensável em relação à maior parte das figuras da LRPJ. Ao aplicarmos a LRPJ, a pessoa jurídica figurará como sujeito ativo e, o agente público, eventualmente, como terceiro. Já em relação à LIA, o agente público será o sujeito ativo, enquanto a pessoa jurídica poderá figurar como terceiro.

Referências Bibliográficas

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes (Petit Traité des Grandes Vertus)*. 1ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GARCIA, Emerson. Aspectos da Nova Lei Anticorrupção. Palestra proferida no Simpósio de Combate à Corrupção, realizado na Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, in: *MPMG Jurídico. Revista do Ministério Público de Minas Gerais*. Edição Patrimônio Público, p. 10, 2014.

_____ e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

HÄBERLE, Peter. Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685.

HART. *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*. Trad. de MENDES, A. Ribeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LEVI, Judith N.; WALKER, Anne Graffam. Language in the judicial process, vol. 5 de *Law, Society and Policy*. New York: Plenum Press, 1990.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*. 9ª ed. Berlin: Duker & Humbolt, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

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

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *A Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Inadimplemento Antecipado do Contrato

Guilherme Magalhães Martins*

Sumário

1. Situação Geral do Tema. 2. O Instituto Anglo-Saxônico da *Anticipatory Breach of Contract* – Reflexos na Legislação Estrangeira. 3. Adaptação do Instituto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro – Critérios para sua Incidência – Casuística Jurisprudencial. 4. Principais Objeções na Doutrina Nacional. 5. Aplicação Analógica do Artigo 477 do Código Civil – Efeitos do Inadimplemento Antecipado. 6. O Inadimplemento Antecipado como Quebra dos Princípios da Confiança e da Boa-Fé Objetiva. Bibliografia.

1. Situação Geral do Tema

Tendo em vista os deveres anexos, instrumentais ou laterais de conduta, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, amplia-se o próprio conceito de adimplemento, que passa a abarcar todos os interesses envolvidos na relação, estendendo-se dos deveres de proteção aos deveres instrumentais.¹

Se o conceito de adimplemento se amplia, revela-se consequência simétrica no estado patológico da obrigação², ou seja, o inadimplemento, que poderá ser ocasionado pela quebra de ambas as categorias de deveres, inclusive aqueles de natureza instrumental, decorrentes da boa-fé.

A obrigação possui natureza temporária, marcada desde o início para se extinguir; no entanto, a normalidade do desdobramento programado e tendente ao adimplemento poderá frustrar-se por fatores surgidos contemporaneamente à celebração, ou a ela supervenientes.³

Sob a égide da boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos próprios, por vezes mais relevantes do que aqueles decorrentes do cumprimento em si.⁴

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

¹ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*; estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 459-460.

² Expressão cunhada por Agostinho Alvim, que afirma, numa perspectiva que nos dias de hoje soa um tanto otimista, que “sem dúvida, o estado patológico é exceção ao estado fisiológico, ou normal. Não obstante, é tal a frequência da enfermidade, que em nenhum indivíduo se encontra o estado fisiológico perfeito”. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

³ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 18.

⁴ SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento; adimplemento substancial,

Considerada a obrigação como um processo tendente ao adimplemento, à luz dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé, pode ocorrer, sobretudo nos contratos de trato sucessivo, que o devedor declare que não cumprirá, ou demonstre que não honrará sua prestação por meio de comportamento concludente.⁵

No exemplo figurado pela professora Judith Martins-Costa⁶, imagine-se que, num contrato de empreitada, na construção civil, fique ajustada a entrega de um prédio de apartamentos de 15 (quinze) andares a ser construído no prazo de 24 (vinte e quatro) meses após o contrato. Se, transcorridos 14 (quatorze) meses, e a obra sequer começou a ter suas fundações escavadas, pode o devedor demandar o inadimplemento?

A jurisprudência inglesa vem admitindo o inadimplemento antecipado do contrato (*anticipatory breach of contract*) desde meados do século XIX, sendo que o caso pioneiro, HOCHSTER v. DE LA TOUR, ocorrido no ano de 1853, até hoje serve de padrão para os *cases* julgados pelas cortes inglesas e norte-americanas, como destacado por Fortunato Azulay⁷:

Tratava-se de um contrato de trabalho em que o autor, apesar de contratado para iniciar seu serviço de correio no continente, a partir de 1º de junho, recebeu comunicação do empregador em maio, repudiando totalmente o contrato. A decisão judicial vencedora, todavia, consagrou definitivamente a doutrina da quebra antecipada, *i.e.*, de que não há mister que a parte ofendida aguarde o termo para cumprimento de sua prestação, desde que não houve retratação do réu em tempo ainda de se iniciar a prestação do autor no dia aprazado.

inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007, p. 11: “Em um cenário marcado por relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução”.

Na visão crítica de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “a forma tradicional de conceber a relação obrigacional, organizada neste aspecto especialmente sob orientação escolástica, compreende o lapso de tempo entre o nascimento da obrigação e o termo para o cumprimento como um espaço vazio, no qual o devedor não é obrigado a atuar ou a proceder a algum comportamento particular. Concorreu para esta compreensão a simplicidade de conteúdo vivenciada, em grande medida, nas relações econômicas. Estas, normalmente classificáveis do ponto de vista obrigacional como relações de execução imediata e relativas a produtos já acabados, não propiciavam um campo de provas severo para a manutenção da visualização do ‘espaço vazio’. O atual desenvolvimento das relações econômicas, porém, desmentiu esta visualização, bastando lembrar a complexidade de alguns adimplementos, como os relativos a processos industrializados de fabricação (*e.g.* o de uma aeronave), ou relativos à realização de um grande projeto técnico. Há, nesses casos, um conjunto de deveres instrumentais, existentes para possibilitar a realização do adimplemento”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260.

Baseando-se na aplicação da teoria da causa, especificamente com relação aos negócios jurídicos de disposição, observa Clóvis do Couto e Silva: “É que na vontade de criar obrigações, insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora, assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige. Daí, porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, neste preciso momento, vontade de adimplir o prometido. *Essa vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora do dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido*” (g. n.) COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 56-57.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156

⁶ *Idem*.

⁷ *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília, 1977. p. 101

A ação, visando ao ressarcimento dos prejuízos, foi ajuizada antes de 1º de junho, tendo o julgador, Lord Campbell, entendido que não haveria razão para a parte aguardar o termo para o cumprimento de sua prestação para só então reclamar seus direitos decorrentes do contrato.⁸

Observa Anelise Becker⁹ que, nos contratos comutativos, deve-se concluir que, uma vez evidenciado que uma das partes não vai adimplir, a outra deve ser desobrigada do cumprimento daquilo que lhe compete.

O inadimplemento antecipado decorre da condição resolutiva tácita vigente nos contratos bilaterais e comutativos, pelo qual o descumprimento da prestação por uma das partes exonera a outra de cumprir a sua obrigação.

De acordo com o artigo 331 do Código Civil, salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente. A expressão “imediatamente”, é verdade, não pode ser interpretada literalmente, em virtude de hipótese que admite prazos estabelecidos tacitamente entre as partes, em virtude da própria natureza da prestação, em especial quando esta depender de tempo para ser realizada.¹⁰

O descumprimento dos deveres de lealdade que as partes devem guardar, em decorrência da boa-fé objetiva, torna viável o instituto, pois, segundo Vera Jacob de Fradera, “diante de uma situação em que o devedor declare que não pretende cumprir ou seu comportamento faça supor tal coisa, deveria ser facultado ao credor promover a ação conveniente, de vez que esperar pelo vencimento lhe traria maior prejuízo”¹¹.

Igualmente em defesa do cabimento do inadimplemento antecipado da obrigação em nosso direito positivo, sustenta Jorge Cesa Ferreira da Silva¹², tendo em vista, sobretudo, a complexidade de alguns adimplementos¹³, como os relativos a processos industrializados de fabricação (p. ex., o de uma aeronave), ou relativos à realização de um grande projeto técnico:

⁸ O caso é comentado pelos autores norte-americanos Thomas D. Crandall e Douglas J. Whaley: “quando existe um contrato visando uma ação a ser praticada num dia futuro, existe uma relação constituída entre ambas as partes nesse ínterim, e ambos implicitamente prometem que, a partir de então, não tomarão qualquer atitude em prejuízo da outra e inconsistente com tal relação (...) Especialmente neste caso, envolvendo um viajante e um mensageiro, a partir da contratação até o início da execução do contrato, ambos se encontravam vinculados entre si, e parece haver uma quebra de contrato se qualquer um deles renuncia ao compromisso assumido”. CRANDALL, Thomas D; WHALEY, Douglas J. *Cases, problems and materials on contracts*. Aspen: New York, 2004. p. 748.

⁹ Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 12, p. 70, out./dez.1994. A mesma autora, *ibid.*, p. 77, enfatiza que “o devedor tem o dever de não contradizer a própria intenção de adimplir e de agir em tempo suficiente para preparar os meios necessários à execução da prestação”.

¹⁰ *Ibidem*, p. 71.

¹¹ A quebra positiva do contrato. *Ajuris*. Porto Alegre, vol. 44, p. 150, nov. 1988.

¹² *Op. cit.*, p. 261.

¹³ É o caso dos *Turnkey Construction Contracts*, “pelos quais uma empresa de construção obriga-se a completar determinado projeto, quase sempre de longa duração, conforme critérios previamente especificados e por um preço fixado no momento da assinatura do contrato”, de modo que “o objeto da prestação é desenvolvido em fases, mas cujo produto só é entregue ao final”. MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 391, p. 166, maio/jun. 2007.

No que toca ao direito brasileiro, a defesa do ‘espaço vazio’, como não poderia deixar de ser, também não se sustenta. Afora as exigências lógicas relacionadas aos deveres instrumentais do inadimplemento, sem muita dificuldade podem-se encontrar disposições específicas, na regulação dos contratos típicos, que indicam a existência de deveres durante o lapso de tempo da duração do contrato. Juntamente a isso, o Código Civil possui regras que preveem, expressamente, hipóteses de antecipação *do vencimento*, quando houver fundada desconfiança quanto à solvência do devedor.

Por sua vez, a conformação do direito brasileiro igualmente não impede a admissão de um inadimplemento anterior ao termo fixado para o cumprimento. Disposições específicas apenas limitam a amplitude de efeitos, mas não vedam a admissão da figura no seu aspecto global.

Para o mesmo autor, o inadimplemento antecipado do contrato pode decorrer tanto da infringência de deveres principais como de secundários de prestação, como ainda dos deveres laterais, anexos ou instrumentais de conduta, configurando, nesta última situação, a violação positiva do contrato.¹⁴

Anteriormente já concluíra Clóvis do Couto e Silva¹⁵ que a doutrina da violação positiva do contrato, nascida do estudo de H. Staub intitulado *Positive Vertragsverletzung* (1902), revela a aplicação no direito germânico do instituto do *anticipated breach of contract*, oriundo do *common law*.

¹⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 261: “Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios, dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação*. O resultado do não cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora.

Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral*. Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*”.

¹⁵ O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37. Ensina o autor: “Um aspecto não suficientemente salientado é a circunstância de a aplicação do princípio da boa-fé, com a criação ou compreensão científica dos deveres secundários ou anexos, aproximar o conceito de relação obrigacional vigorante no Direito germânico com o da *common law*. Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional, manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento”.

2. O Instituto Anglo-Saxônico da *Anticipatory Breach of Contract* – Reflexos na Legislação Estrangeira

A jurisprudência norte-americana e inglesa rompeu com a regra geral e universal dos contratos pela qual só se pode considerar descumprida a obrigação com o advento do termo ou da condição, de modo que a intenção manifestada de não cumprir por uma das partes ou, mesmo, a sua inabilidade para esse efeito, qualquer que seja a causa, bastam para que se considere desobrigado o outro contratante.¹⁶

As duas formas do *anticipatory breach* no direito norte-americano abrangem, respectivamente, atos capazes de tornar a prestação impossível ou quase impossível e atos que revelam a intenção da parte de não cumprir a obrigação.¹⁷

Em importante precedente da Suprema-Corte norte-americana, no caso *Equitable Trust Co. x Western Pacific R. Co.*, ficou assentado que “a lei sempre tem disposto que, quando uma parte deliberadamente se incapacita ou torna impossível o perfazimento da sua prestação, o seu ato constitui injúria à outra parte que fica assim autorizada a propor ação por quebra de contrato”.¹⁸

Portanto, o repúdio¹⁹ da prestação pode ocorrer mesmo anteriormente à chegada do vencimento da obrigação, dando-se à parte inocente a opção de dar o contrato imediatamente por terminado, juntamente com a cobrança das perdas e danos devidas, ou, alternativamente, nesse ínterim, promover a respectiva execução específica.²⁰

Do contrário, seria uma perda de tempo para a parte inocente programar o cumprimento de sua obrigação em função do vencimento ajustado²¹, tornando-se então justificada a sua conduta.

¹⁶ AZULAY, *op. cit.*, p. 102-103.

¹⁷ *Ibid.*, p. 104.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ O repúdio foi definido no julgado *Tenavision, Inc. v. Neuman*, 379, N.E. 2nd 1166,1168(N.Y. 1978), transcrito em parte por E.Allan Farnsworth, William F.Young e Carol Sanger: “deve ser demonstrado que o anúncio de uma intenção de não cumprir foi positivo e inequívoco(...)De modo a constituir um repúdio, a linguagem da parte deve ser suficientemente segura, sendo razoavelmente interpretada de modo a significar que a parte não quer ou não pode adimplir”. Cf. FARNSWORTH, E.Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. *Contracts; cases and materials*. 6ª ed. New York: Foundation Press, 2001.p. 740.

²⁰ ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the Law of Contract*. 5ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.402. O autor faz referência ao caso *Fercometal SARL v. Mediteranean Shipping Co AS [1989] AC 788*, no qual o transportador marítimo de uma carga erroneamente repudiada antecipadamente anunciou que, diante disso, não estaria preparado para a chegada da mercadoria na data avençada, recusa essa não aceita pela outra parte. O Tribunal assegurou a permanência do contrato em vigor, permitindo aos proprietários da mercadoria despachar a mercadoria até o porto, no aguardo do embarque. Este princípio, de que a parte inocente pode cumprir e exigir o ajustado caso considere o contrato plenamente eficaz, é, contudo, qualificado por outro princípio, de modo que, se a parte culpada permanece deixando claro que não irá cumprir sua prestação, seria uma perda de tempo para o outro contratante preparar-se para o adimplemento, podendo este abandonar tais preparativos.

²¹ *Idem.*

A parte inocente, além de afirmar o contrato, pode continuar a cumprir as obrigações nele determinadas, mesmo sabendo que o adimplemento não é pretendido pelo outro contratante. Foi o que ocorreu no caso *White and Carter (Councils) Ltd v. Mc Gregor*,²² onde os autores acordaram afixar anúncios publicitários na garagem dos réus, pelo prazo de três anos, através de placas presas a latas de lixo. Mais tarde, ainda no mesmo dia da celebração do contrato, os réus escreveram aos autores afirmando que não mais pretendiam cumprir o ajustado.

Os autores se recusaram a aceitar o cancelamento, veiculando os anúncios contratados, e então ingressaram com uma ação visando recuperar o preço pago. O pedido foi julgado procedente pela *House of Lords*, que entendeu, por maioria de três votos a dois, que os autores faziam jus à repetição do preço pago antecipadamente pelos três anos.

Outro *leading case* no direito inglês foi *Frost v. Knight*²³, onde Knight se comprometeu a ser casar com Frost depois da morte de seu pai, mas, ainda durante a vida deste, declarou que jamais desposaria a demandante. Esta, ingressando em juízo, obteve perdas e danos, apesar de ter sido o casamento realizado mediante condição suspensiva, não realizada no momento da ruptura.

Decidiu-se, então, que, embora não houvesse propriamente uma ruptura do contrato por inexecução, pois o momento de executar não havia chegado, o acordo foi rompido quando o promitente rejeitou o acordo e declarou que não estava mais obrigado. O rompimento por inexecução futura, portanto, poderia ocorrer antecipadamente para fixar as perdas e danos devidos, mesmo que o tempo fixado para o cumprimento permanecesse ainda distante.

Nos Estados Unidos, a figura aparece positivada no §2-610 do *Uniform Commercial Code*:

Quando qualquer das partes repudia o contrato em face de um comportamento até então devido, a perda daquilo que substancialmente prejudicar o valor do contrato para a outra, o contratante prejudicado pode: (a) por um tempo razoável, em face dos costumes, esperar o cumprimento pela parte repudiante; ou (b) recorrer a qualquer remédio em face do inadimplemento (seção 2-703 ou seção 2-711), mesmo que tenha notificado a parte repudiante de que aguardaria esperar o seu adimplemento e tenha insistido na retratação; e (c) em qualquer caso, suspender sua própria prestação ou agir de artigo com as disposições deste artigo acerca do direito do vendedor de identificar os bens objeto do contrato, apesar do descumprimento, ou de recuperar os bens não entregues.

²² [1962]AC 413, Inglaterra, in: Mc KENDRICK, Ewan. *Contract law*. London: Macmillan, 1990. p. 239.

²³ Inglaterra, 1872, in: BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 72. A autora visualiza, no caso acima, uma forma implícita de repúdio.

Em matéria de vendas internacionais de mercadorias, a Convenção de Viena de 1980 regulou expressamente o instituto, prevendo, em seu artigo 72, que “se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste”.²⁴

A mesma solução é adotada pelo direito italiano, com base em interpretação ampliada dos artigos 1219, nº 2 e 1460 do Código Civil de 1942, segundo os quais não se faz necessária a constituição em mora, mediante intimação ou notificação (“*richiesta*”) feita por escrito quando o devedor declarou, por escrito, não querer cumprir a prestação, cabendo a exceção de inadimplemento (art.1460).²⁵

O Código Civil espanhol também contém regra específica e excepcional sobre o inadimplemento antecipado em seu artigo 1503, prevendo que, na compra e venda de imóvel, se o vendedor tiver fundado motivo para temer a perda da coisa vendida e do preço, poderá promover imediatamente a resolução do contrato.

Perante o direito francês, embora haja necessidade de intervenção judicial²⁶, a notificação do devedor que manifesta, expressamente, sua intenção de não cumprir o ajustado mostra-se desnecessária e supérflua, tendência essa igualmente seguida pelo direito anglo-saxão, onde normalmente é dispensado novo pedido de confirmação por parte do devedor.²⁷

Embora o instituto vise simplificar a rescisão contratual, sua aplicação deve ocorrer com cautela, de modo que toda declaração em que o não cumprimento apareça apenas como implícito não pode ser considerada, por si só, definitiva, devendo aparecer conjugada com uma atitude concreta do devedor. Da mesma forma, “a denuncia parcial de não cumprir particular exigência contratual não autoriza considerar o contrato violado *in omnibus* e a cobrança de perdas e danos, como se o dano fora total”.²⁸

Deve ser feita ainda uma ressalva aos contratos unilaterais, que acarretam obrigações apenas para uma das partes, como os de promessa de pagamento em dinheiro, de modo que a manifestação de pré-inadimplência não justifica a cobrança antecipada da dívida, embora possibilite a concessão de medidas cautelares que deem segurança ao credor.²⁹

²⁴ A obrigação fundamental é definida por Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 161-162, como “aquela, na relação obrigacional, que tem o caráter de ‘irredutibilidade’, podendo ser detectada, nos casos concretos, pelo exame funcional dos fatos em causa. O caráter ‘irredutível’ significa que, na economia contratual, a obrigação fundamental, seja derivada da lei, seja da própria convenção, é aquela que não pode ser quebrada, apagada ou extirpada sob pena de o contrato, enquanto regulação de interesses econômicos dotada de sentido, deixar de ter um mínimo significado enquanto tal”.

²⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 157.

²⁶ Observa Vera Jacob de Fradera que “a França e os países que adotaram o sistema do Código Francês ainda não atingiram, em matéria de direito obrigacional, o nível do direito alemão, do direito italiano e do norte-americano. Existe uma inclinação para ser condescendente para com o devedor faltoso e possibilitar-lhe a oportunidade de sanar sua ‘quebra’ do contrato. Parece que essa tendência prepondera sobre a necessidade de proteger o credor contra a incerteza”.

²⁷ AZULAY, *op. cit.*, p. 104.

²⁸ *Ibid.*, p. 105.

²⁹ *Idem.*

Uma velha objeção à *anticipatory breach*, a ser revisitada em face da disciplina da execução específica das obrigações no ordenamento brasileiro, deve-se ao fato de que a sua aplicação imediata supostamente “desestimula nova manifestação da vontade ou o uso de meios coercitivos capazes de tornar possível o cumprimento da prestação específica”.³⁰ A compatibilidade entre o inadimplemento antecipado e a execução específica das obrigações de dar e de fazer será examinada mais adiante.

3. Adaptação do Instituto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro – Critérios para sua Incidência – Casuística Jurisprudencial

Admitindo-se a noção da pré-inexecução ou pré-inadimplência (*anticipatory breach*) como categoria jurídica da inexecução contratual, tal figura mostra-se perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro³¹, sobretudo em virtude da ampliação da noção de inadimplemento face à quebra dos deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Porém, não se mostra possível uma classificação unitária do inadimplemento antecipado como caso de inadimplemento absoluto, mora ou violação positiva do contrato, visto que a análise das hipóteses de aplicação do instituto revela certa heterogeneidade. Os atos passíveis de configurar o instituto em exame vinculam-se ora a deveres diretamente relacionados à realização da prestação, ora a deveres relacionados a outros fins³² (deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta).

É o que assinala Jorge Cesa Ferreira da Silva³³:

Seguindo-se a classificação do inadimplemento conforme a vinculação do dever específico aos deveres de prestação (principais e secundários), há que se reconhecer que alguns casos

³⁰ *Idem*. Para Araken de Assis, o inadimplemento antecipado “(...) se informa pela existência de época propícia ao cumprimento ou ao início da atuação condizente do obrigado, dada pelo termo, final ou inicial, e por dois comportamentos: a declaração de não querer/poder adimplir e a omissão da atividade causal concernente ao futuro – obrigações de cumprimento *instantâneo* não importam à espécie – adimplemento. Em ambos os casos, a conduta do obrigado só assume importância se ocorrida com alguma antecedência em relação ao termo, pois, nas suas imediações, o credor se preserva dos inconvenientes da espera infrutífera e da atrelagem a vínculo de antemão inútil” Cf. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 107.

³¹ Em defesa da adaptabilidade do instituto ao nosso direito, sustenta Fortunato Azulay: “Parece evidente, num confronto preliminar entre a doutrina do repúdio antecipado do contrato, como causa e motivo determinante de sua resolução, e os dispositivos legais que regem a inexecução contratual no direito brasileiro, que não há nenhum impedimento de sua aplicação entre nós (...) O direito das obrigações, por ser a parte do direito privado que mais se presta à uniformidade, é também aquela que regula as problemáticas do crédito – mola mestra dos principais contratos bilaterais. Por isso, a lei dos contratos entre os vários povos da mesma corrente evolutiva (*sic*) não pode deixar de sofrer influência recíproca. Não se trata de atingir uma uniformidade técnica, dada a própria diversidade de tradições e situações econômico-jurídicas nacionais, mas uma inclinação para soluções análogas, decorrente da limitação universal à liberdade de contratar e da necessidade de estreitar os laços de solidariedade entre os homens e as instituições (...)”. AZULAY, *op. cit.*, p. 111-112.

³² SILVA, *op. cit.*, p. 263.

³³ *Ibid.*, p. 263-264.

de manifestação antecipada configuram descumprimento de deveres que, apesar de não representarem deveres principais, configuram deveres secundários de prestação. É o caso dos aqui chamados “deveres instrumentais” para o adimplemento. Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação*. O resultado do não cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora.

Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral*. Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*.

Os pressupostos da resolução decorrente do inadimplemento antecipado são enfrentados, na doutrina, por Luigi Mosco³⁴:

(...) Existem dois casos em que o credor de uma prestação ligada correspectivamente a uma outra pode promover a resolução, antes mesmo do fim do prazo; isso significa que naqueles dois casos o comportamento do devedor equivale ao inadimplemento, ainda que antes do vencimento. Os dois casos têm lugar:

- 1) quando o devedor manifesta a vontade de não adimplir;
- 2) quando o devedor pratica um ato que torna certamente impossível o adimplemento por ocasião do prazo ajustado.

Os mesmos requisitos são enfatizados por Ruy Rosado de Aguiar Jr., acrescentando-se a necessidade de que se possa deduzir, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento, seja através de uma declaração expressa, seja através de atos nitidamente contrários ao adimplemento.³⁵

³⁴ *La risoluzione del contratto der inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950. p. 35.

³⁵ *Op. cit.*, p. 126-127.

Exige-se, portanto, que a declaração do devedor tenha um notável grau de certeza e definitividade.³⁶

Não basta qualquer manifestação de vontade contrária à intenção de adimplir, devendo-se, em qualquer caso, balancear os interesses do credor e do devedor, evitando-se adotar contra estas medidas mais rigorosas em face do que não seja consequência legítima do seu próprio comportamento.³⁷

Tal manifestação de vontade, viabilizando o inadimplemento antecipado, pode ser inferida da conduta do devedor que, beneficiado com um prazo, durante este pratique atos que, por força da natureza da obrigação ou da lei, impossibilitem o futuro cumprimento.³⁸

É o caso, por exemplo, da construtora que, tendo celebrado promessa de compra e venda de determinado apartamento, anuncia aos consumidores sua desistência em construir o empreendimento em questão, ou age de modo tal que se torna inconteste a sua desistência em dar continuidade ao projeto, por exemplo, colocando o terreno selecionado para a construção à venda ou mantendo-se completamente inerte depois de iniciado o prazo para o começo das obras.³⁹

Nesse sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatado pelo Desembargador Luiz Felipe Francisco (apelação cível nº 2005.001.19441, 8ª CC, j.13.9.2005):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE INÍCIO DE OBRAS. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO PACTO OU SUA RESCISÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL. DESCUMPRIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO DO VENDEDOR. NÃO UTILIZAÇÃO DO BEM POR PARTE DO ADQUIRENTE. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS SEM QUALQUER DESCONTO. CLÁUSULA LEONINA. NÃO HÁ EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELA MORA CONSTATADA. O RISCO DO NEGÓCIO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PREVISÍVEIS NÃO PODEM SER REPASSADOS PARA OS COMPRADORES. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

No caso acima ementado, admitiu o voto do relator:

O caso é de descumprimento antecipado de contrato de promessa de compra e venda de imóvel a ser construído, porquanto as

³⁶ MOSCO, *op. cit.*, p. 37.

³⁷ *Ibid.*, p. 36

³⁸ AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 126-127.

³⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 166.

circunstâncias reconhecidas evidenciaram que a construtora, até a data do ajuizamento da demanda, não iniciara obras, embora já decorrido tempo suficiente.

Ora, quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção. (...)

O argumento de que o imóvel seria entregue após trinta meses da assinatura do contrato, ou seja, 1º de janeiro de 2005 e não como o afirmado inicialmente pelos apelados, isto é, janeiro de 2003, não prevaleceu sobre a inequívoca constatação de que até a presente data venceu o período estipulado e a construção não se iniciou em tempo suficiente. (...)

Assim, diante dos fatos antecipados, não poderia a recorrente pretender que os compradores só movessem a demanda em janeiro de 2005, pois não seria razoável que os apelados esperassem o esgotamento deste interregno para propor a ação, se há fundado e irrefutável receio de descumprimento da obrigação contratual, pela mora injustificada da outra contratante (g. n.).

A conduta do devedor, que, independentemente da impossibilidade do cumprimento, anuncie, expressamente ou mesmo tacitamente, que não irá cumprir a obrigação, pode ainda ocorrer:⁴⁰

(...) por ação (venda do estoque, sem perspectiva de reposição), ou omissão (deixar de tomar as medidas prévias indispensáveis para a prestação), ou de declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a obrigação. *Ficam excluídas a simples dificuldade e a impossibilidade temporária.* A prática de atos e a declaração do devedor, contrários ao contrato, devem estar devidamente demonstradas e caracterizadas, criando uma situação que inevitavelmente levará ao descumprimento. Não basta (...) a simples divergência entre o objeto e o modo de prestação, mas pode ser suficiente a firme convicção do devedor, quanto à nulidade do contrato ou ao seu propósito de não cumprir a obrigação em condições inadmissíveis (g. n.).

No caso de impossibilidade definitiva e total da prestação, não se coloca qualquer dificuldade para o reconhecimento do inadimplemento antecipado.

⁴⁰ AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 127.

Porém, faz-se necessário verificar quando uma prestação ainda possível, seja no todo ou em parte, ainda pode ser rejeitada, caracterizando-se aquele fundamento de resolução do negócio.

O principal critério, como ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr., é o interesse do credor⁴¹, que funciona como parâmetro tanto para os casos de mora como de inadimplemento absoluto⁴² e violação positiva do contrato, de modo que:

(...) para resolver, o fato deve atingir substancialmente a relação, afetando a *utilidade* da prestação. Como a utilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação inútil (...) é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade. Ao reverso, quando, não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor, ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelo cumprimento, diz-se que o adimplemento foi substancial (...).

Outro fator a ser levado em conta é o exame da conduta das partes em relação ao cumprimento, a fim de aferir-se o ânimo, não somente do devedor como também do credor, quanto ao cumprimento efetivo e pontual do contrato.⁴³

Deve ser considerado, ainda, o comportamento reiterado do credor, admitindo prestações sucessivas, com atraso ou imperfeição, o que, em homenagem à proibição do *venire contra factum proprium*, faz presumir a sua renúncia ao direito de resolver, se nada ressaltou por ocasião do recebimento, pois "não poderia ele retornar sobre os próprios passos, depois de criar uma justa expectativa do devedor quanto à modificação, nesta parte, do contrato".⁴⁴

⁴¹ Nas palavras do Ministro Ruy Rosado, *op. cit.*, p. 132, "interesse é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência, daí dizer-se que o credor está interessado na prestação do devedor. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem mais capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste este interesse a que a prestação está ligada. Certamente, é o interesse que decorre do próprio sinalagma, onde existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido qual o interesse que a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum".

⁴² *Ibid.*, p. 130-132. O autor faz referência ao artigo 25 da Convenção de Viena (1980): "Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental, quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente naquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto".

⁴³ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 144.

A aplicação do inadimplemento antecipado no direito nacional tem ainda como defensor Serpa Lopes, por se tratar de “um princípio que não vulnera a estrutura jurídica do nosso Direito, pois nenhuma disposição existe que se possa considerar oposta a essa forma de vencimento antecipado”.⁴⁵

E conclui o civilista⁴⁶:

(...) não se trata de cobrir a lei, de riscar o seu texto ou escrever por sobre ele, e sim de um princípio que se pode lançar nos livres espaços da lei. Acrescenta-se, assim, aos casos de vencimento antecipado em razão de um estado falencial ou de uma situação de desconfiança resultante de certos atos praticados pelo devedor, uma outra hipótese em que o vencimento antecipado não é tão alarmante, não se espraia por toda a situação financeira do devedor, apenas se restringe a uma situação singular, para a qual manifestou o propósito de se tornar inadimplente.

(...) E a razão desse princípio é lógica: o vencimento antecipado produz inquestionavelmente um enriquecimento em benefício do credor, e, assim, só ao próprio devedor, ou em casos em que a lei o permita, pode a prestação ser exigida antecipadamente. Mas, indubitavelmente, tanto na situação de suspeição como no caso de afirmação antecipada do propósito de não adimplir, tudo isso representa uma circunstância que exige deferir-se ao credor uma posição protetora, máxime no momento em que ele, a seu turno, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura de que é credor, porém já tendo sobre ela impendente a afirmação categórica de não ser cumprida.

Em importante precedente, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente o pedido na ação de resolução movida pelo contratante que aderiu a plano de previdência privada do qual constava a aquisição de cotas que lhe asseguravam participação nos lucros, além da construção de uma unidade hospitalar, tendo o autor posteriormente descoberto que “o hospital permaneceu no plano das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores das quotas”. Além de a obra sequer ter sido iniciada, sequer foi comprado o terreno onde ocorreria a construção.

No caso, mesmo existindo prazo adicional para a realização da obra, considerou-se perfeitamente admissível a resolução do negócio, tendo o tribunal, ademais, concluído que “ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos”.⁴⁷

⁴⁵ *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 293.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 294.

⁴⁷ TJRS, 1ª Câmara Cível, apelação cível nº 582000378, j.8.2.83, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, RJTJRS

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação cível nº 154.348-2 (11ª CC, Rel. Des. Laerte Nordi, j.22.03.90, RT 661/82-83), admitiu o pedido de resolução antecipada de contrato de compromisso de compra e venda relativo a imóvel objeto de incorporação imobiliária, haja vista o não registro dos documentos previstos no art. 32 da Lei nº 4591/1964.⁴⁸ A ausência de tal registro levou o autor a notificar a empresa ré, que não o atendeu, além de deixar de informar sobre o andamento da obra; diante disso, o autor suspendeu o pagamento das prestações, tendo a ré, então resolvido o contrato:

Na espécie, a só falta do registro dos documentos do art. 32 não seria bastante para a rescisão, desde que admitido o conhecimento dos autores quanto à omissão em 4 fev. 1987, data da celebração do negócio, conquanto a ré estivesse infringindo a norma orientadora, que deve ser examinada conforme sua letra e não sua finalidade.

97/397. O acórdão é transcrito integralmente no volume 12 da Revista de Direito do Consumidor e comentado por Anelise Becker. Segundo um trecho do voto, “a Dra. Pretora refere que no contrato não estava previsto nenhum prazo para o Centro “construir, instalar e operar estabelecimento hospitalar na Cidade de Porto Alegre”. Todavia, considero evidente, como bem alega o apelante, *que isso não significa goze um dos contratantes da faculdade de retardar ad infinitum o cumprimento das suas obrigações, e o outro seja obrigado a adimplir as suas com pontualidade, sob pena de protesto dos títulos*. Vejo, aqui, um caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas *de jure*. De fato, essa sociedade, de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais” (g. n.). Cf. BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 68-69.

⁴⁸ Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

- a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;
- b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;
- c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;
- d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;
- e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;
- f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições;
- g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;
- h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;
- i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão;
- j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações;
- l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;
- m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;
- n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);
- o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos.

Ocorre, porém, que os autores, depois de pagarem as prestações por mais de um ano, como reconhece a ré, tinham motivos mais que suficientes para estarem preocupados com o destino da obra e, nessa linha, adotaram a providência corretíssima: notificaram a empresa em 8 ago. 1988, reclamando esclarecimentos sobre o registro e sobre a obra.

A essa altura, incumbia à ré, que sabia da irregularidade, prestar os esclarecimentos solicitados, inclusive tomando medidas imediatas para o registro, a fim de tranquilizar os adquirentes; ao contrário, pretendeu aproveitar-se da suspensão do pagamento das prestações (30 jul. 1987) para rescindir o contrato, numa tentativa extrema de transferir a responsabilidade pelas dificuldades do empreendimento.

Essa conduta foi equivocada e deu causa ao ajuizamento da ação de rescisão, cuja procedência foi bem decretada, no principal, em que pese a diversidade de fundamentos, sempre preservado o respeito à convicção do ilustre juiz *a quo*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro igualmente admitiu a possibilidade de inadimplemento antecipado em face da falta de autorização dos órgãos municipais competentes para dar prosseguimento à construção, em acórdão da lavra do Desembargador Edson Vasconcelos (apelação cível n.º 2003.001.09615, 16ª CC, j.2.9.2003):

EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. INÍCIO DA OBRA SEM APROVAÇÃO DO PROJETO EM ÓRGÃO MUNICIPAL – ERRO TÉCNICO DO RESPONSÁVEL PELA OBRA – CULPA COMPROVADA – RESCISÃO CONTRATUAL AUTORIZADA. Profissional contratado que, em empreitada para administração e execução de obra de engenharia, inicia os trabalhos sem projeto aprovado, provocando embargo da obra por órgão de fiscalização da Prefeitura Municipal, responde por deficiência técnica, que autoriza a rescisão da avença, correspondendo a infração cometida a responsabilidade por construção clandestina, atividade ilícita, por contrária à norma edilícia, que condiciona a construção à licença prévia da Prefeitura, do que resulta responsabilidade também do construtor que se prestar a executá-las. Essa solidariedade deflui do princípio geral de direito que vincula à falia administrativa, à infração penal ou à ilicitude civil todos os que dela participam voluntariamente. Desprovisionamento do recurso.

Acima de tudo, o inadimplemento antecipado não pode se constituir num instrumento de opressão à disposição do credor, que deverá agir conforme os limites impostos pelo fim econômico ou social do seu direito, além de observar os parâmetros da boa-fé e dos bons costumes, sob pena de incorrer em abuso de direito (CC, art. 187).⁴⁹

Não se trata necessariamente de mais um instituto pró-crédito, como tantos em nosso ordenamento, mas, sobretudo, de uma exceção⁵⁰ que visa preservar a boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

O inadimplemento antecipado não se presta a obscurecer outras garantias igualmente admitidas por nossos Tribunais, como o adimplemento substancial, que, mais do que o descumprimento de parte mínima do contratado⁵¹, permite o “balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (...) para o devedor e eventuais terceiros, e, de outro, os efeitos do seu não exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela do seu interesse”.⁵²

⁴⁹ O inadimplemento antecipado foi ainda referido na fundamentação do seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. RETENÇÃO PELO VENDEDOR DE VALOR PARA RESSARCIMENTO DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS E CORRELATAS. Rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com devolução total do valor pago proposto pelo promissário-comprador, alegando desemprego. Promitente-vendedora reitera a manutenção do contrato. A rescisão contratual já está configurada pelo descumprimento do comprador” (TJ-SP, apelação cível nº 141.647-4/6-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j.26.6.2003). Passa-se a transcrever um trecho da fundamentação do mesmo acórdão: “(...) a discussão se restringe sobre se pode o comprador inadimplente pleitear a resolução do contrato e a devolução das prestações pagas, alegando dificuldades financeiras; contudo, a resposta é não, ante o disposto no artigo 1092 do Código Civil (...). Se prevalecesse a tese acima, com rescisão de contrato de forma unilateral, causaria profundo abalo nas relações comerciais, além do que a cláusula décima quarta prevê que o contrato é irrevogável, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 6766/1979 (...). Não há dúvida de que o inadimplemento se deu em razão de fato imputável ao devedor comprador, não se aplicando ao caso a teoria da imprevisão, pois nada de anormal ficou demonstrado. Entretanto, no campo das relações de consumo, o comprador está mais sujeito às variadas seduções das técnicas de venda, mas a imputação de mera culpa ao contratar é a que se destaca, uma vez que a razão de empecilhos econômicos para interromper o pagamento não está corroborada com malícia ou má-fé. Contudo, a culpa é suficiente para deixar o devedor, ora apelado, em situação de responsabilidade, pois o caso caracteriza situação de inadimplemento antecipado do contrato, o que inclusive é aceito pela doutrina (...). O contrato, em sua essência, já está rescindido, faltando, apenas, a declaração judicial, pois houve a manifestação formal do autor de descumprimento contratual, mesmo porque existe cláusula resolutiva expressa por falta de pagamento (...)” (g. n.).

⁵⁰ Na definição de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 16, “a característica da exceção consiste em aduzir contra o direito, do qual surge a ação e cuja abstrata existência não se impugna, um direito do réu; enquanto as outras formas de oposição se limitam a excluir de fato o direito do autor. Por conseguinte, arguindo uma exceção, o demandado opõe à pretensão do autor um direito seu, ao passo que, em havendo defesa, se procura excluir o direito pretendido pelo autor. Assim, a defesa não se funda sobre um direito por si mesmo, enquanto a exceção se funda num direito próprio e independente”.

⁵¹ Como decidiu a 4ª turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 76.362-0-MT, Rel. Min. Ruy Rosado, j.1º.04.1996, EJSTJ 6 (15) 77, em hipótese na qual o segurado somente inadimpliu a última parcela do prêmio, não cabe à seguradora dar por extinto o contrato e negar a cobertura do sinistro, visto que “a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio”.

⁵² SCHREIBER, *op. cit.*, p. 22-23.

Também deve funcionar como parâmetro para a legitimidade ou não da sua invocação a abusividade contemplada no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, devendo o inadimplemento antecipado observar um critério ainda mais severo de razoabilidade em face da parte vulnerável nas relações de consumo (art. 4º, I, Lei n.º 8078/1990).

4. Principais Objeções na Doutrina Nacional

Araken de Assis⁵³ conclui pela ocorrência de obstáculos de ordem sistemática à resolução decorrente do adimplemento antecipado, baseando-se especialmente no art. 1530 do CC 1916, reproduzido integralmente pelo artigo 939 do CC 2002:

Art. 939 O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Tal norma, porém, condiciona a cobrança *ante tempus* à má-fé do credor, subordinando-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, ainda que mediante culpa presumida.⁵⁴ Logo, a má-fé do credor que cobra antes do vencimento não pode ser generalizada, sob pena de se premiar a ausência de boa-fé da parte contrária.

Outro inconveniente, mencionado também por Araken de Assis⁵⁵, é o art. 580 do Código de Processo Civil, que contempla o chamado *presuposto de fato* da ação executória, a reclamar o inadimplemento. Tal dispositivo legal teve a redação alterada pela Lei nº 11.382, de 6 dez. 2006, que não trouxe novidade substancial ao texto reformado, apenas modificando a linguagem utilizada.⁵⁶

Tal crítica igualmente improcede, pois, como leciona Humberto Theodoro Júnior⁵⁷, “(...) o inadimplemento é figura típica do direito material. *O que toca ao direito processual não é a sua conceituação*, mas definir quando o inadimplemento se torna causa justificadora do processo de execução” (g. n.).

⁵³ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 175. A jurisprudência, nesses casos, tem exigido a efetiva prova da má-fé do credor na cobrança antecipada, a exemplo do que se faz com a cobrança de dívida já paga, agora contemplada no art. 940 do Código Civil (STJ, 4ª t., REsp 466.338, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.4.11.2003).

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*; Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14-15. Redação primitiva: “art. 580 Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”. Redação atual: “art. 580 A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”.

⁵⁷ *Idem*.

Araken de Assis invoca ainda o art. 618, III do CPC, que comina de nulidade a execução instaurada antes do implemento do termo. No entanto, este suposto obstáculo de ordem formal igualmente não pode subsistir em face das hipóteses de inadimplemento antecipado, em homenagem aos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, erigidos em objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do art. 3º, I da Constituição Federal.

5. Aplicação Analógica do Artigo 477 do Código Civil – Efeitos do Inadimplemento Antecipado

Parte da doutrina defende, ao invés de se igualar tais hipóteses ao adimplemento, a aplicação analógica do artigo 477 do Código Civil, que contempla a diminuição superveniente no patrimônio de uma das partes⁵⁸:

Art. 477 Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

A partir do momento em que a parte obrigada a prestar em primeiro lugar toma conhecimento das circunstâncias que mostram ou deixam claramente reear que o outro contratante não terá condições de cumprir a contraprestação a que se obrigou, aquela fica autorizada a cessar ou reter a sua prestação até que o segundo efetue a sua, ou preste caução suficiente.⁵⁹

Tal norma, pondera Anderson Schreiber, tem a vantagem de substituir o exercício do direito de resolução por um remédio menos drástico e mais compatível com a situação de incerteza que ainda pende sobre o cumprimento da prestação no futuro, autorizando ao contratante, portanto, recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que a outra parte satisfaça a que lhe compete ou lhe dê garantia bastante de satisfazê-la.⁶⁰

Não se exclui, porém, a possibilidade de resolução, segundo o entendimento acima, apenas para os casos em que o cumprimento da obrigação no vencimento esperado se afigurasse, desde já, impossível, mas não para a mera improbabilidade do cumprimento.⁶¹

A solução acima proposta é compatível, como visto no breve exame da legislação estrangeira, com a terceira opção dada ao contratante pelo §2-610 do *Uniform Commercial Code* norte-americano, tendo o inegável mérito de prestigiar

⁵⁸ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 12-13.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 129.

⁶⁰ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 13.

⁶¹ *Idem*.

o princípio da conservação dos contratos. Não se justifica, em toda e qualquer hipótese, a resolução do contrato, sob pena de ofender a segurança jurídica. Sua aplicação é perfeitamente factível nos casos de impossibilidade temporária ou simples dificuldade no cumprimento da prestação, que, como visto, ficam de fora das hipóteses de inadimplemento antecipado.

Porém, comentando o art. 1092, parte final do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 477 do atual CC, observa Carvalho Santos que “a diminuição do patrimônio deve ser de tal ordem que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação devida”⁶², circunstância essa bastante específica e não passível de generalização.

Numa comparação com o sistema alemão, que, ao reforçar o vínculo obrigacional, torna a opção pela resolução como subsidiária, somente para os casos de inexecução total ou inexecução de cláusula essencial, obtempera Ruy Rosado de Aguiar Jr. que tal solução não é compatível com o direito brasileiro, nos casos de inadimplemento da obrigação no seu termo final⁶³:

No nosso sistema, porém, não se pode dizer que o direito da parte não inadimplente de pedir a resolução seja subsidiário. O nosso instituto gira sobre dois eixos: de um lado, admite-se amplamente a resolução dos contratos bilaterais por incumprimento da prestação, com culpa ou, em alguns casos, até sem culpa do devedor, o que facilita a incidência do instituto; mas, de outro lado, impõe-se à resolução legal a formalidade do processo judicial, o que é um expediente a dificultar a sua utilização. O balanceamento dessas regras enseja a configuração de um sistema harmônico, do qual não se pode dizer seja a resolução expediente excepcional e subsidiário, pois a opção do credor não sofre restrições de monta, que levam a induzir a existência de uma subsidiariedade na opção resolutiva; ao mesmo tempo, a exigência de sentença judicial permite adequado controle na escolha efetuada pelo credor em utilizar-se da via resolutiva, onde joga importante papel (até hoje inaplicado, em nosso meio, convenientemente) o princípio da boa-fé e suas derivações, com o fim de cercear o uso incorreto do direito de extinção.

Observa Giovanni Persico que, quando se trata da resolução do contrato, portanto, a declaração de não adimplir pode ser posteriormente contestada, não demonstrada ou retirada antes da propositura de ação judicial, ou sequer confirmada no próprio juízo. Somente na hipótese de ser confirmada judicialmente poderá produzir-se a resolução.⁶⁴

⁶² *Código Civil Brasileiro Interpretado*. vol. XV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 242.

⁶³ *Op. cit.*, p. 50-51.

⁶⁴ *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 112. Porém, esclarece o autor, *idem*, que,

Embora a norma do art. 477 forneça, em diversos casos, remédio eficaz para a tutela do interesse do contratante obrigado a prestar em primeiro lugar, isso nem sempre ocorrerá, especialmente nos casos em que o inadimplemento antecipado resulta da conduta do devedor, que declara, expressamente ou mesmo tacitamente, que não irá cumprir sua prestação.

Neste último caso, a simples retenção da prestação mostra-se inócua, mostrando-se mais eficaz o recurso à execução específica da obrigação, ou, caso esta se mostre impossível, à resolução do contrato.

O primeiro efeito do inadimplemento antecipado é o dever de indenizar os danos causados, devendo-se, com base na figura dos danos emergentes e lucros cessantes, “verificar qual o valor do benefício que a parte prejudicada teria com o cumprimento da obrigação e, deste valor, deduzir os eventuais custos e gastos que ela incorreria (por exemplo, com o pagamento da outra parte, com custos operacionais etc.)”.⁶⁵

Além disso, confere-se ao credor a possibilidade de resolução do contrato, conforme o artigo 475 do Código Civil, podendo o interessado, ainda, optar pela execução específica da obrigação, na forma dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e dos artigos 249 a 251 do Código Civil.⁶⁶

Conforme a atual sistemática das obrigações de fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Entre tais medidas, poderão ocorrer a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial (CPC, art. 461, § 5º).

Trata-se, na superação do dogma da intangibilidade da vontade humana, de medidas substitutivas (atividades) capazes de, prescindindo da vontade do obrigado, produzir a mesma situação física final (resultado) que ao credor era lícito esperar deste.⁶⁷

contrariamente à resolução, quando se trata da aplicação do princípio *inadimplenti non est adimplendum*, nenhum prejuízo resulta de um sucessivo adimplemento do contrato ou da sua resolução. Em se tratando de um remédio puramente temporário, basta a simples declaração de não querer adimplir para legitimar o inadimplemento da outra parte.

⁶⁵ MARTINS, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁶ Anelise Becker considera que “a regra da *anticipated breach of contract* só não é aplicável onde a indenização por perdas e danos não é remédio adequado para a violação, *i.e.* onde o contrato mostra-se próprio para uma execução específica ou onde o que foi realizado e a parte faltante são em grande medida interdependentes. Isto ocorre quando a prestação a cargo do devedor já foi iniciada e se encontra de tal modo completa que seria impraticável estimar os danos por ele sofridos; ou quando terminar os trabalhos diminuiria os danos do proprietário da obra ou, pelo menos, não os agravaria. Em tais hipóteses, a parte, não obstante a recusa da outra, deve continuar e completar a sua prestação”. BECKER, *op. cit.*, p. 74. Em face da atual sistemática da execução específica das obrigações de fazer e de dar, porém, não se visualiza qualquer antagonismo em relação ao instituto do inadimplemento antecipado.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152-153. Baseia-se o celebrado processualista na “distinção entre o resultado que constitui objeto das obrigações de fazer ou não fazer e as atividades mediante as quais esse resultado pode ser obtido”.

No entanto, a execução específica deve ser manejada com certa parcimônia, especialmente na obrigação de fazer diferida e instantânea, onde o inadimplemento equivale à realização de um único ato futuro, como a pintura de um quadro ou a organização de um serviço de bufê para determinada festa. Em tais situações, observado o disposto no artigo 331 do Código Civil, mesmo configurado o inadimplemento antecipado, tal fato não permitirá ao credor exigir a obrigação antes do vencimento do termo.⁶⁸

Nestes casos, poderá o credor valer-se da mencionada norma do art. 477 do Código Civil, caso verificados os seus requisitos, ou contentar-se com a resolução do contrato e eventual ressarcimento de perdas e danos. No caso da empresa de fornecimento de bufê, por exemplo, não seria possível obrigá-la a prestar o serviço contratado antes do vencimento da obrigação.⁶⁹

Porém, em obrigações que demandam a realização de atos preparatórios, como a obtenção de licença governamental ou a realização de alguma obra específica e prévia, é possível vislumbrar a execução específica para determinar que o devedor pratique tais atos⁷⁰, utilizando-se meios coercitivos como as *astreintes*.⁷¹

6. O Inadimplemento Antecipado como Quebra dos Princípios da Confiança e da Boa-Fé Objetiva

A confiança, ensina Menezes Cordeiro⁷², “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”.

Trata-se, segundo Karl Larenz⁷³, de um princípio imanente, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinalem, pode pretender ser tido em conta em todos os ramos do Direito. Porém, adverte: “Nem toda a confiança logra protecção, mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias”.

Claus-Wilhelm Canaris igualmente considera a responsabilidade pela confiança como um princípio geral do direito⁷⁴, decorrente de um imperativo ético-

⁶⁸ MARTINS, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Acerca das *astreintes*, instituto criado pelos tribunais franceses e positivado pela primeira vez naquele país através da Lei de 5 de julho de 1972, ensina Mário Júlio de Almeida Costa que “trata-se de uma figura intermédia entre a prevenção e a repressão, talvez com alguma prevalência do primeiro aspecto (...). Sintetizando, constituem expedientes meramente *compulsivos* e não *executivos*, *cominatórios*, enquanto tendem a intimidar o devedor através da simples ameaça de uma condenação, e *indeterminados*, na medida em que a expressão concreta da providência se apresentará maior ou menor, consoante a atitude do obrigado”. Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 932.

⁷² *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1234. E prossegue (*Idem*, p. 1250): “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carream as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil”.

⁷³ *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 515.

⁷⁴ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Menezes

jurídico, protegendo-se as expectativas criadas, ainda que desprovidas de um regime legal preciso e objetivo.⁷⁵

Os princípios gerais de direito constituem normas jurídicas básicas na organização social reveladora do sistema no qual repousa a sociedade⁷⁶, desempenhando importante papel em face dos chamados *vácuos legislativos* ou *espaços vazios*, a partir da sua concretização.

A quebra da confiança⁷⁷ como fundamento para o instituto do inadimplemento antecipado do contrato é ressaltada por Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁷⁸:

No incumprimento antecipado, não se pode propriamente vislumbrar uma quebra da obrigação principal, porquanto ainda não se ofereceu o momento oportuno para a exigibilidade da prestação, mas existe aí situação que, desde logo, evidencia a impossibilidade da prestação sem nada mais ter-se que esperar;

Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 79. Para Judith Martins-Costa, “Como um bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada do *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais. Isso significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos”. MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁵ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62. Para o mesmo autor, *op. cit.*, p. 91, o princípio da confiança envolve toda uma teoria jurídica, ou seja, “um conjunto articulado de enunciados através dos quais se persegue uma ordenação dogmática de certas situações jurídicas, se procura explicitar o conteúdo de justiça material que lhe é subjacente e se proporciona um enquadramento de solução para outras situações, nisto se materializando a sua dimensão heurística”.

Ensina Luiz Edson Fachin que a confiança pode se revelar num duplo aspecto: “A revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. Expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico.

De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes” Cf. FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____ (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 116.

⁷⁶ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 55.

⁷⁷ Acerca do denominado *investimento de confiança*, discorre Raphael Manhães Martins: “(...) é importante que, quem quebra a confiança que lhe foi depositada por outra, deve restabelecer a ordem anterior, responsabilizando-se pelo ressarcimento dos prejuízos causados. E, a *contrario sensu*, aquele que investe seus bens materiais, em determinada relação jurídica, que é quebrada pelo comportamento contraditório da outra parte da relação, tem o direito de ser ressarcido, mesmo como uma forma de restabelecer o *status quo ante*. Neste sentido, o que pode parecer um termo vago, como é o caso de ‘investimento de confiança’, ganha um caráter bastante objetivo e aferível. Se, do ponto dogmático, o ‘investimento de confiança’ é a opção inconsciente daquele que confia em não se resguardar de todas as possíveis condutas que possam ser contraditórias à conduta inicial de outrem, equivalendo ao sujeito que ‘abaixa suas guardas’, por outro lado, ela representa um elemento concreto e objetivo da relação. Assim, a proteção do ‘investimento da confiança’ vem a ser, justamente, a busca deste equilíbrio material que existia antes do comportamento, de quem abusou da confiança de outrem”. MARTINS, *op. cit.*, p. 176-177.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 128.

ao menos, *há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento*, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões, encontra-se ferido gravemente (g. n.).

A expectativa do credor abrange o cumprimento da prestação, no tempo, lugar e forma ajustados, bem como dos deveres instrumentais, anexos e laterais de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, justificando, inclusive, despesas e investimentos feitos em função do contrato, e que se tornaram posteriormente inúteis em virtude das evidências de que a parte contrária irá inadimplir. Esse prejuízo não ocorreria se o credor não tivesse acreditado no efetivo cumprimento do ajustado.⁷⁹

Como sustenta o autor português Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, “a percepção de uma futura impossibilidade ou dificuldade séria de cumprimento é susceptível de vincular o devedor a advertir disso o credor de modo a poupá-lo de prejuízos”⁸⁰, o que se inclui no âmbito dos deveres acessórios de esclarecimento e informação.⁸¹

Da mesma forma, a conduta do devedor geradora do inadimplemento antecipado implica ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, positivada nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, haja vista a ausência da lealdade esperada do contratante, da fase pré-negocial até a execução e desenvolvimento das relações negociais firmadas.⁸²

Ditos princípios, confiança e boa-fé objetiva coexistem, não se podendo falar em uma divisão absoluta entre ambos, ou distinguir aprioristicamente as hipóteses de violação de cada qual⁸³, haja vista a ausência de limites horizontais para a sua aplicação.⁸⁴

⁷⁹ FRADA, *op. cit.*, p. 664: “Resulta nessa medida de uma confiança que foi depositada. Coerentemente, a indemnização visará agora colocar o sujeito na posição que ele teria se não tivesse contratado (*rectius*, se não tivesse chegado a acreditar no cumprimento da obrigação convencionada)”. O autor utiliza a expressão *dano de confiança*, sustentando a emancipação de tal figura, ligada à proteção das expectativas, em relação aos deveres contratualmente fundados; na sua visão, tratar-se-ia de um *tertium genus*, distinto da responsabilidade contratual ou delitual.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 668.

⁸¹ Ensina Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 605: “os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação, e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”.

⁸² Acerca do tema, é obrigatória a leitura da obra de Franz Wiacker, *El principio general de la buena fe*: “A aplicação judicial do Direito é, como toda interpretação, realização de valor, isto é, uma eleição entre várias valorações possíveis até cujos princípios aquela se orienta”. WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2ª ed. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 39.

⁸³ Raphael Manhães Martins procura distinguir as hipóteses de inadimplemento antecipado com fundamento na violação da boa-fé objetiva e da confiança: “(...) estar-se-á diante de uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, quando o devedor violar algum dos deveres impostos pelo princípio, como ocorre: i) quando o obrigado coloca-se em posição de impossibilidade de adimplir com a prestação; ii) quando o devedor recusa tacitamente a realizar o cumprimento da obrigação. Por outro lado, há uma violação do dever de confiança que permeia a relação jurídica quando o devedor: iii) recusa, expressamente, cumprir a obrigação que lhe é imposta” Cf. MARTINS, *op. cit.*, p. 177. Embora reconhecendo o labor do autor, discordamos da classificação acima, visto que, nas hipóteses apontadas, não se pode vislumbrar uma aplicação isolada da boa-fé objetiva ou da confiança.

⁸⁴ Um princípio complementa o outro, a partir da sua combinação mútua, como observa CANARIS, *op. cit.*,

Ambas desempenham papel fundamental na concepção dinâmica⁸⁵ ou funcional da relação obrigacional, a ser visualizada como um processo, em contraposição à concepção estática ou estrutural, que a considera basicamente como vínculo, ligando o credor ao devedor.

Menezes Cordeiro esquadrinha, com propriedade, a correlação entre ambos os princípios, considerando a realidade da confiança como um dos fatores materiais da boa-fé objetiva, mas que a esta não se limita, carregando ainda a expressão da solidariedade social:⁸⁶

A aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa-fé (...) Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa-fé está ligada à confiança; a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões dogmáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja protecção transcende o campo civil. (g. n.)

Isso justifica a adoção do instituto em nosso direito, ainda que inexistia uma disposição legal específica a permitir ao credor considerar resolvido o contrato antes do seu termo final. O fundamento constitucional do vencimento antecipado pode ser encontrado tanto no art. 1º, III (que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República) como no art. 3º, I (que coloca entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária), ambos da Constituição da República.

p. 95-96: "A combinação mútua dos princípios conduz, no entanto, a certas dificuldades na formação do sistema. Designadamente, surgem aspectos diferenciados, consoante se descrevam os diversos lugares onde um princípio de Direito tem significado jurídico ou se elabore como actua ele num determinado local. É certo, por exemplo, que o facto de os princípios da imputação do risco e da protecção do tráfego não actuarem apenas no quadro da doutrina do negócio jurídico, mas também no enriquecimento sem causa e na responsabilidade civil, constitui uma característica sistemática do Direito vigente. Mas é igualmente próprio do sistema que eles tenham conduzido, no âmbito negocial, ao princípio da interpretação objectiva, no enriquecimento sem causa, à conhecida proibição de ingerência em relações tripartidas e na responsabilidade civil, à objectivação da bitola da negligência. *Só os dois aspectos levam, de algum modo, à representação plena do sistema, sem que se possam sempre reflectir ou até formular simultaneamente. Eles actuam pois, complementarmente um perante o outro, para utilizar um termo que é também empregue no domínio da teorização das Ciências naturais*" (g. n.).

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 384.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 1241 e 1250. Anderson Schreiber igualmente reconhece que a noção de confiança transcende o âmbito de boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral, visto que "ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas *no outro*, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reacção ao voluntarismo e liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo". SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*; tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 86 e 89-90.

Bibliografia

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília, 1977.
- ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 5ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 12, p. 68-78, out./dez.1994.
- BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. vol. XV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- CRANDALL, Thomas D; WHALEY, Douglas J. *Cases, problems and materials on contracts*. 4ª ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____ (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. *Contracts: cases and materials*. 6ª ed. New York: Foundation Press, 2001.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A quebra positiva do contrato. *Ajuris*. Porto Alegre, vol. 44, p. 144-152, nov. 1988.

JAMES, Philip S. *Introduction to English law*. 12^a ed. London: Butterworths, 1989.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 391, p. 160-188, maio/jun. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Mc KENDRICK, Ewan. *Contract law*. London: Macmillan, 1990.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, p. 03-27, out./dez. 2007.

_____. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial; Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2^a ed. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.

Autorregulação do Ministério Público¹

Paulo Wunder de Alencar

Sumário

1. Introdução. 2. Atribuição Normativa do MP. 3. Conclusão. Referências.

1. Introdução

No Brasil, o MP é o titular exclusivo da ação penal pública e o principal legitimado da ação civil pública, dispondo das seguintes medidas para solução consensual de conflitos penais e cíveis: transação penal, suspensão condicional do processo, remissão, termo de ajustamento de conduta, colaboração premiada e acordo de leniência, sendo que as duas primeiras se aplicam, respectivamente, aos chamados crimes de menor e médio potencial ofensivo, a terceira incide na justiça juvenil, a quarta vale para ofensas aos direitos coletivos, a quinta cuida das organizações criminosas e a última dos atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública.

Neste trabalho, não iremos discutir cada um desses mecanismos acima, mas apenas a necessidade de regulamentá-los em virtude das consequências da crescente participação do MP na regulação de atividades públicas e privadas.

Na Constituição, o MP foi disposto no Título IV – Da Organização dos Poderes, embora no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, ou seja, após os capítulos referentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que foi conceituado como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, o Ministério Público não foi incluído dentro do esquema de divisão tripartite de Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, ao chamar o MP de instituição permanente e ao lhe conferir funções, garantias e instrumentos de atuação essenciais ao funcionamento do próprio Estado, o constituinte originário definiu o *Parquet* como um órgão autônomo do Estado, de fiscalização e de controle das atividades governamentais.

Desse modo, o MP não integra, porém gravita em torno de todos os Poderes do Estado-Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a provocar as suas atuações, fiscalizar as suas atividades e controlar as suas funções. Insere-se como um propulsor do sistema democrático de controle, cujo mecanismo de freios e contrapesos cria uma interatividade e interferência recíprocas entre os Poderes do Estado.

¹ Trabalho de conclusão da disciplina *A regulação dos poderes: favores, decisões e adaptações*, sob orientação dos professores Joaquim Falcão e Diego Werneck Arguelhes, do Mestrado em Direito da Regulação, da FGV DIREITO RIO.

No que se refere às suas atividades, prescreve a Carta Magna o seguinte:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Embora vastas, é possível perceber que todas são atividades de natureza administrativa, isto é, não são jurisdicionais, nem legislativas. Outrossim, nota-se que cabe ao MP intervir tanto em atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, como naquelas operadas por particulares, ou seja, sua atuação vai desde o zelo pelos serviços públicos, independentemente de quem seja o efetivo prestador, até o cuidado sobre qualquer interesse coletivo sob risco.

Pode-se, então, caracterizar o Ministério Público como um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa com capacidade para intervir na atuação da Administração Pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares, sempre em favor do interesse da coletividade.

Em outras palavras, ressalvados alguns interesses eminentemente privados e disponíveis, a intervenção do MP ocorre em todos os setores da sociedade, constituindo-se como um órgão essencial não apenas ao funcionamento da Justiça, mas de tudo aquilo que tenha relevância coletiva.

Atua o MP em favor da sociedade, fiscalizando e controlando as funções exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta e sociedades que possuam vínculo com o poder público, bem como as atividades privadas de interesse coletivo.

Diante dessas características, pode-se chamá-lo de prestador de serviços públicos de atividades de fiscalização e controle, o que significa titular do exercício de poder de polícia, pois seus atos são oriundos da imperatividade e força cogente do Poder Público, como decorrência direta da soberania política.

Ocorre que, na medida em que o Estado reservou para si o monopólio do uso da força e garantiu a supremacia do interesse público sobre o privado, sua atividade, por meio do MP, é vinculada (cogente, obrigatória) e exercida de ofício (direta, sem necessidade de provocação). Não pode o seu titular examinar condições de oportunidade e conveniência para decidir se fiscaliza ou não, sendo um dever diretamente relacionado à tutela daquele interesse que está sendo protegido através da limitação imposta pelo poder de polícia.

Da mesma forma, ultrapassada a fiscalização e por ocasião da imposição de uma sanção de polícia, não pode haver um juízo de discricionariedade na imposição de uma pena, pois é impossível ao agente decidir livre e arbitrariamente se pune ou não.

No entanto, como vimos que o interesse maior do MP é a tutela dos interesses da coletividade, ao se constatar uma ilegalidade no exercício de uma fiscalização de polícia, a sanção pode enfrentar o dilema entre a aplicação de uma pena e a continuidade da empresa ou da liberdade no exercício de um direito, o que envolve tanto o interesse do particular e dos seus empregados, como dos cidadãos beneficiados direta ou indiretamente pela atividade. A coletividade, portanto, pode ter tanto o interesse na aplicação de uma pena repressiva, como na imposição de outras medidas que, embora não deixem de punir, ainda permitam que a sociedade seja beneficiada com a continuidade no exercício daquela atividade, direito ou liberdade.

Nesse conflito, não se deve escolher um dos lados, mas sim otimizar ambos, a fim de que possam conviver harmonicamente. Por isso, o exercício da função sancionadora deve ser sempre motivado e proporcional, o que significa que a regra constitucional que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) se aplica às sanções de polícia administrativa, bem como que a pena deve ser graduada dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Sendo assim, ao invés da aplicação de uma pena, pode ser muito mais interessante a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que a própria sanção deve ceder espaço para que antes se tente um compromisso.

Aliás, cabe ressaltar que oferecer um acordo não significa deixar de agir, ou melhor, não promover a obrigatória ação, pois um acordo é também uma forma de promoção da ação, ainda que sem um processo. Por exemplo, o artigo 129, inciso I, da CRFB/1988, ao prever que a ação penal pública será promovida “na forma da lei”, determina que será de competência da legislação ordinária estabelecer o rito processual, sendo que o artigo 24 do CPP, ao falar sobre a denúncia, regulamentou a norma constitucional, o que não impediu outros dispositivos de preverem regras excepcionais, como a transação penal, a remissão e a colaboração premiada.

Chegamos, portanto, a um momento de maior incentivo à consensualidade e à mediação na solução dos conflitos entre o Estado e o particular, onde há uma busca permanente por interesses comuns entre o regulador e aquele que exerce a atividade ou o direito, o que justifica ainda mais a celebração de termos de compromisso ao invés de processos impositivos de penas.

Entretanto, quanto mais se investir e se estimular a regulação pelo Ministério Público, mais será recomendável que o próprio *Parquet* se autorregule, em um movimento de regulação da regulação.

Isso porque, como a regulação realizada pelo MP é concreta e entre as partes envolvidas nos conflitos, além de dissipada por todo o território nacional e com uma capilaridade incalculável, seria salutar que essa atividade também fosse controlada de forma geral e abstrata, a fim de que se alcance uma mínima padronização, organização e segurança jurídica.

Nesse sentido, torna-se imprescindível regulamentar as normas que criaram aqueles métodos de solução consensual de conflitos através da edição de regras que criem procedimentos, sistemas e parâmetros aos membros de um órgão que, embora uno conceitual e institucionalmente, na prática prima pela liberdade de cada promotor, o que poderia levar à insegurança jurídica e injustiça social, na medida em que dois casos idênticos seriam tratados de forma absolutamente contraditória.

Para ilustrar bem esse problema, vale a leitura dos anexos Termos de Colaboração Premiada, celebrados por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, no recente escândalo de corrupção na Petrobras, sendo aqui transcritas apenas algumas cláusulas ora pertinentes:

Acordo Alberto Youssef: Cláusula 5ª: I – a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão; II – logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante

a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos; III – o cumprimento pelo COLABORADOR de pena privativa de liberdade em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos, iniciando-se a partir da assinatura do presente acordo e detraíndo-se o período já cumprido pelo COLABORADOR a título de prisão provisória após a deflagração da “Operação Lava Jato”; IV– a execução da pena privativa de liberdade em local condizente com a condição de COLABORADOR, especialmente nos termos do art. 15, §§1º e 3º, da Lei nº 9.807/1999, observando-se o disposto no art. 5º da Lei nº 12.850/2013; V– após o integral cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado nos termos do inciso III da presente cláusula, a progressão do COLABORADOR diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 4º §5º, da Lei nº 12.850/2013; (...) §8º Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente acordo de colaboração, não abrangem fatos ilícitos posteriores a 17 de março de 2014; (...) §10 Após a homologação judicial desse acordo e a pedido do COLABORADOR, o Ministério Público Federal expedirá certidão atestando a existência da presente colaboração, a qual somente poderá ser por ele utilizada para instruir processos que, não obstante já estejam em curso em seu desfavor, não estão contemplados no acordo ora celebrado; (...) Cláusula 13. Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o COLABORADOR, na presença de seus advogados, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, ao qual, nos termos do art. 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013, o COLABORADOR *RENUNCIA*, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Acordo Paulo Roberto Costa: Cláusula 5ª: II. Promoverá o arquivamento de fatos novos em relação ao acusado trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância. Cláusula 8ª, §8º. Os benefícios não abrangem fatos ilícitos posteriores à data do acordo, em qualquer hipótese, nem fatos anteriores que sejam (estes últimos) completamente dissociados do objeto deste acordo. §9º. Os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário,

eventualmente exigíveis. Cláusula 12. A defesa desistirá de todos os *habeas corpus* impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades. (grifamos)

Como se pode observar das cláusulas acima, o MPF garantiu aos colaboradores que eles não serão alvo de outros processos e inquéritos sobre os mesmos fatos narrados no acordo (salvo de cunho administrativo e tributário), o que inclui, por exemplo, a ação civil pública, a ação civil pública por ato de corrupção e a ação de improbidade administrativa.

Além disso, foram disciplinadas cláusulas com previsão sobre: tempo de cumprimento de pena; regime de cumprimento de pena; local de cumprimento de pena; progressão de regime de cumprimento de pena; renúncia aos direitos de não autoincriminação; e recurso etc.

Nota-se, então, uma liberdade absoluta de disponibilidade sobre as cláusulas e efeitos de um acordo de colaboração premiada, não apenas dentro do próprio processo em que o termo foi celebrado, mas também sobre outros processos de competências totalmente diferentes.

De fato, o art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), não definiu os limites legais da colaboração premiada:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II – as condições da proposta do Ministério Público (...).

Desse modo, pode parecer que não ter um padrão é justamente o padrão que se quis instituir, a fim de que a ampla liberalidade e discricionariedade incentivassem mais acordos.

Contudo, não é isso que pensa a doutrina, e certamente não é isso que pensarão todos os milhares de promotores e procuradores espalhados pelo país. Embora não seja objeto do presente artigo discutir teses jurídicas sobre a nova lei das organizações criminosas, vale destacar a manifestação de um ilustre professor para se mostrar a polêmica sobre a definição das cláusulas de um acordo de colaboração premiada:

A clareza, seriedade e honestidade são imprescindíveis nessa “negociação” para preservar um mínimo de ética, se é que se pode usar essa expressão nesse malfadado instituto.

Uma vez iniciado o processo, sendo o colaborador, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei, incorrendo em nova inconstitucionalidade,

estabelece, em seu art. 4º, §14, que o colaborador renunciará – utiliza-se voz cogente – ao direito ao silêncio na presença de seu defensor. “Ora, o dispositivo legislativo é flagrantemente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos”. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 134).

Doravante, com a difusão da colaboração premiada, poderemos ter uma disparidade no que se refere à interpretação da lei de organizações criminosas e, conseqüentemente, nas cláusulas e efeitos dos acordos propostos.

E como tal problema pode ser corrigido ou, pelo menos, minimizado?

O que se pretende neste texto é demonstrar que a regulamentação de atos normativos pelo MP gera a regulação da atividade do próprio MP, de regular as atividades públicas e privadas de interesse coletivo.

Evidentemente que não se está defendendo aqui a necessidade de ponderação entre a unidade institucional e a independência funcional, pois o conflito entre esses princípios fundamentais do MP (art. 127, §1º, da CRFB/1988) sequer existirá, desde que se siga a orientação de Carlos Roberto Jatahy, ao reconhecer que “os membros do Ministério Público estão sujeitos a recomendações dos Órgãos da Administração Superior” (JATAHY, 2008, p. 133).

2. Atribuição Normativa do MP

Em que pese cada Ministério Público da federação ter a sua independência administrativa e, portanto, a capacidade de editar as suas próprias regulamentações, é inegável que, se estamos diante de uma questão nacional, o ideal seria ter o Conselho Nacional do MP como responsável por essa atribuição, exatamente como previu a Constituição, no art. 130-A, §2º, inciso I:

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: zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Todavia, entre as Resoluções e Recomendações do CNMP, não encontramos nenhum ato que regulamente um mecanismo de solução consensual de conflitos penais (remissão, transação, suspensão condicional do processo e acordo de colaboração premiada), embora a Resolução 118, que instituiu a política de autocomposição pelo MP, reconheça essa necessidade:

CONSIDERANDO que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada incluída 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.

Tal ato normativo, que institui políticas administrativas de incentivo à autocomposição e admite que o CNMP poderá, entre outras atividades, “promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos” (art. 6º, inciso V), não traça nenhum parâmetro para essas medidas, se resumindo a conceituar as práticas de conciliação.

Em sentido oposto, bom exemplo da criação de um modelo de manifestação dos membros do MP na área criminal, com previsão de cláusulas essenciais, são os pedidos de interceptações telefônicas, previstos na Res. 36/2009, do CNMP.

Nesse ato normativo, trata-se além do trâmite procedimental da representação cautelar para quebra de sigilo telefônico, na medida em que há dispositivos sobre o conteúdo imprescindível dessas manifestações:

Art. 4º O pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, deverá conter, no mínimo:

- I – a fundamentação do pedido e a documentação necessária;
- II – a indicação dos números dos telefones a serem interceptados, e/ou o nome do usuário, a identificação do e-mail, se possível, no caso de quebra de sigilo de informática e de telemática, ou, ainda, outro elemento identificador no caso de interceptação de dados;
- III – o prazo necessário da interceptação requerida;
- IV – a indicação dos titulares dos referidos números;
- V – os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações.

Ora, se foi criado um modelo de quebra de sigilo telefônico, seguido obrigatoriamente pelos membros do *Parquet*, por que não poderia ser feito o mesmo com um acordo de colaboração premiada, ainda que com cláusulas essenciais e facultativas, mas com propostas de parâmetros razoáveis?

Outro exemplo interessante de onde o CNMP mais se aproximou da sua capacidade de regulamentar atos normativos e regular a atividade de seus membros foi a Resolução 23/2007, que dispõe sobre o Inquérito Civil, procedimento investigatório da ação civil pública.

De fato, trata-se de ato normativo que orienta a atividade inquisitória do MP, sendo seguido por todos os seus membros. Como as normas lá dispostas se referem à criação de um procedimento de tramitação dos inquéritos civis, sua natureza é eminentemente administrativa e relacionada à atividade meio do MP, razão pela qual devem obrigatoriamente ser seguidas.

No entanto, quando chega justamente no momento de tratar sobre os termos de ajustamento de conduta, a Resolução passa a ser tímida e apenas conceitua o instituto:

Art. 14 O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Evidentemente que, se quisesse esmiuçar pontos controvertidos sobre o TAC e propor parâmetros para sua aplicação, a Resolução, nessa parte, não teria força cogente, mas meramente recomendatória, o que, embora retire a obrigatoriedade em seu cumprimento, não afasta a importância de seu tratamento e da sua padronização.

Perdeu-se grande oportunidade de regular a atividade do promotor de tutela coletiva e sugerir cláusulas obrigatórias e facultativas aos acordos, optando-se por resumir e repetir texto de lei sobre o que significa um TAC.

Poderia o CNMP, *v.g.*, como anexo dessa Resolução, criar um modelo propositivo de TAC com cláusulas sobre: as obrigações de dar, pagar, fazer ou de não fazer, de natureza reparatória e preventiva; multas e sanções, de natureza compensatória, cominatória ou astreinte; valor monetário do TAC; índice monetário e de correção do valor da multa; destinação dos valores recolhidos etc.

Certamente, tal iniciativa, apesar de não cogente, seria seguida pelos promotores de tutela coletiva pelos seguintes motivos: utilização como modelo para verificação das cláusulas pertinentes; evitaria discussões jurídicas com os investigados sobre cláusulas abusivas ou omissas; facilitaria a homologação dos TAC perante os respectivos Conselhos Superiores de cada Ministério Público.

Aliás, nos EUA, fonte de onde importamos a prática de utilização de métodos consensuais para solução de conflitos, uma das principais críticas aos promotores é justamente a falta de coerência ente os acordos e a diferença de tratamento para casos semelhantes.

Como forma de conter esse problema no âmbito da justiça federal dos EUA, o *United States Attorneys Office* criou o *U.S. Attorneys Manual*, com a seguinte proposta:

Title 1: Organization and Functions

1-1.100 – Purpose

The United States Attorneys' Manual is designed as a quick and ready reference for United States Attorneys, Assistant United States Attorneys, and Department attorneys responsible for the prosecution of violations of federal law. It contains general policies and some procedures relevant to the work of the United States Attorneys' offices and to their relations with the legal divisions, investigative agencies, and other components within the Department of Justice. It is available on the Internet at http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/.

The Manual provides only internal Department of Justice guidance. It is not intended to, does not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice. (grifamos)

Nesse manual, apesar de estar reconhecida a discricionariedade dos promotores na negociação das cláusulas de um acordo, são previstas inúmeras recomendações sobre o que deve conter em um termo e o que seria vedado, como no caso da forma de participação da vítima:

9-16.030 – Investigative Agency and Victim to be Consulted Although United States Attorneys have wide discretion in negotiating guilty pleas in criminal cases, this power should be exercised only after appropriate consultation with the federal investigative agency involved. See the Victim and Witness Protection Act of 1982, P.L. 97-291, § 6º, 96 Stat. 1256. In addition, the Attorney General Guidelines for Victim and Witness Assistance 2000 provides that United States Attorneys should make reasonable efforts to notify identified victims of, and consider victims' views about, any proposed or contemplated plea negotiations. See the Victim and Witness Protection Act of 1982, P.L. 97-291, § 6º, 96 Stat. 1256.

Outrossim, também foi criada, em 1993, a *United States Sentencing Commission*, com as seguintes características:

The United States Sentencing Commission is an independent agency in the judicial branch of government. Its principal purposes are: (1) to establish sentencing policies and practices for the federal courts, including guidelines to be consulted regarding the appropriate form and severity of punishment for offenders convicted of federal crimes; (2) to advise and assist Congress and the executive branch in the development of effective and efficient crime policy; and (3) to collect, analyze, research, and distribute a broad array of information on federal crime and sentencing issues, serving as an information resource for Congress, the executive branch, the courts, criminal justice practitioners, the academic community, and the public.

The U.S. Sentencing Commission was created by the Sentencing Reform Act provisions of the Comprehensive Crime Control Act of 1984. The sentencing guidelines established by the Commission are designed to:

- . incorporate the purposes of sentencing (i.e., just punishment, deterrence, incapacitation, and rehabilitation);*
- . provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing by avoiding unwarranted disparity among offenders with similar characteristics convicted of similar criminal conduct, while permitting sufficient judicial flexibility to take into account relevant aggravating and mitigating factors;*
- . reflect, to the extent practicable, advancement in the knowledge of human behavior as it relates to the criminal justice process.*

The Commission is charged with the ongoing responsibilities of evaluating the effects of the sentencing guidelines on the criminal justice system, recommending to Congress appropriate modifications of substantive criminal law and sentencing procedures, and establishing a research and development program on sentencing issues. (grifamos)

Trata-se de uma agência reguladora independente do Poder Judiciário federal dos EUA com algumas atribuições e, dentre elas, a de elaborar *guidelines* para os juízes no que se refere à forma apropriada e justa de fixação de penas.

Ainda no exemplo da justiça negociada, a USSC estabeleceu as seguintes orientações para os *plea agreements*:

GUIDELINES MANUAL November 1, 2014

Standards for Acceptance of Plea Agreements (Policy Statement)

1. (a) *In the case of a plea agreement that includes the dismissal of any charges or an agreement not to pursue potential charges (Rule 11(c)(1)(A)), the court may accept the agreement if the court determines, for reasons stated on the record, that the remaining charges adequately reflect the seriousness of the actual offense behavior and that accepting the agreement will not undermine the statutory purposes of sentencing or the sentencing guidelines.*

However, a plea agreement that includes the dismissal of a charge or a plea agreement not to pursue a potential charge shall not preclude the conduct underlying such charge from being considered under the provisions of §1B1.3 (Relevant Conduct) in connection with the count(s) of which the defendant is convicted.

2. (b) *In the case of a plea agreement that includes a nonbinding recommendation (Rule 11(c)(1)(B)), the court may accept the recommendation if the court is satisfied either that:*

1. (1) *the recommended sentence is within the applicable guideline range; or*

2. (2) (A) *the recommended sentence is outside the applicable guideline range for justifiable reasons; and (B) those reasons are set forth with specificity in the statement of reasons form.*

3. (c) *In the case of a plea agreement that includes a specific sentence (Rule 11(c)(1)(C)), the court may accept the agreement if the court is satisfied either that:*

1. (1) *the agreed sentence is within the applicable guideline range; or*

2. (2) (A) *the agreed sentence is outside the applicable guideline range for justifiable reasons; and (B) those reasons are set forth with specificity in the statement of reasons form.*

Nota-se, portanto, que embora os *plea agreements* sejam discutidos apenas entre as partes, as *guidelines* acima pretendem ampliar a participação do juiz na homologação e na respectiva capacidade de recusar um acordo.

Desse modo, percebendo como fatos semelhantes recebem tratamentos diferentes e até contraditórios ao redor do país, as *guidelines*, tanto do Departamento de Justiça dos EUA, como da USSC, apesar de possuírem natureza meramente recomendatória, pretendem uniformizar e padronizar a interpretação na justiça federal norte-americana sobre certos temas controvertidos, inclusive os acordos.

Inclusive, quando a nossa Constituição fala, em seu art. 130-A, §2º, inciso V, que cabe ao CNMP “elaborar relatório anual, propondo as providências que

julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho”, também demonstra a relevância de se buscar dados sobre aquelas atividades do MP que, no Brasil continental, estão distoantes entre si, a fim de se buscar uma unidade e padronização.

3. Conclusão

Como vimos acima, todo o arsenal de possibilidades de interferência do MP e seu amplo foco de atuação permitem chamá-lo agora de órgão público regulador, conforme as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Meu entendimento do que seja regulação estatal é amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Tenho comigo, neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendo que o gênero regulação econômica (regulação estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas. (MARQUES NETO, 2005, p. 2).

Na mesma brilhante obra, que parece se adequar perfeitamente ao objetivo deste humilde trabalho, o professor Floriano ainda acrescenta que:

(...) durante muito tempo a regulação estatal se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística). Ou seja, o Estado assumia a produção de bens e serviços diretamente, interditando a exploração destas atividades aos particulares, ou se limitava a regradar, normatizar, a atividade destes particulares nos demais setores da ordem econômica.

(...) Portanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasse de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública.

Mais do que aumento da atividade regulatória indireta (para compensar a diminuição da regulação via intervenção direta), podemos identificar outro processo de transformação da regulação estatal. Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses (MARQUES NETO, 2005, p. 3-4).

Assim, a atividade de regulação requer a necessidade de conferir ao responsável independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica, ou seja, requisitos que se alinham perfeitamente às características institucionais e funcionais do Ministério Público e o legitimam como órgão apropriado para exercer essa função.

Dessa forma, hoje o MP vem se consolidando e se fortalecendo no Brasil e ocupando cada vez mais espaço, inclusive com o incremento da utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, o que até contribui para que o Poder Judiciário concentre seus esforços naquilo que for imprescindível.

Entretanto, todas essas responsabilidades que incentivam as práticas consensuais de solução de conflitos pelo MP também justificam a necessidade de padronização dessa atividade, até porque, se o investigado/acusado deve aceitar a aplicação dessas medidas, é imprescindível que ele veja no Ministério Público uma instituição capaz de oferecer acordos justos, pois, caso contrário, o resultado seria exatamente o que se quer evitar, ou seja, a preferência pela judicialização dos conflitos.

Conclui-se, então, que, preferencialmente o Conselho Nacional do Ministério Público e, subsidiariamente todas as unidades dos Ministérios Públicos, devem exercer suas atribuições para regulamentar atos normativos que disponham sobre métodos consensuais de solução de conflitos, o que promoveria a regulação da atividade consensual dos promotores e, indiretamente, a regulação das atividades públicas e privadas em que o MP atua.

Referências

ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 253, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 91, nº 798, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo*. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. Editora Saraiva, 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva – A Efetividade da Tutela Coletiva Fora do Processo Judicial*. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRELLA, Fernando. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e a Posição do Ministério Público*. Revista Justitia nº 55 (161), São Paulo, 1993.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade*. Editora Fórum, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº1, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – evolução e fragilidades*. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. *O Inquérito Civil*. Editora Saraiva. 3ª ed. 2007.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Serviço Público*. Revista de Direito Administrativo, vol. 189, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2000.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta – Teoria e análise de casos práticos*. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, Fiscalização e Sanção*. Editora Fórum, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta – Teoria e Prática*. 3ª ed. Editora Forense, 2011.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Editora Forense, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Editora Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *Conceito de Serviço Público. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, Editora Renovar, 1997.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005.

Rio de Janeiro, Junho/2015.

Masculinidades e Feminilidades em Debate: Perspectivas Críticas para o Direito de Família

Rafaela Corrêa Rodrigues*

Sumário

Introdução. 1. Masculinidades e Feminilidades em Debate. 2. Análise Pontual dos Discursos Legislativo e Jurisprudencial através do STJ e do IBDFAM. 3. Paternidade: Perspectivas e Possibilidades para o Futuro. 4. Considerações Finais. Referências.

Resumo

O objeto do presente estudo é analisar o modo de exercício da paternidade pelos homens-pais e o quanto os comportamentos na paternidade refletem e incorporam práticas sociais dominantes. Tem-se, nos últimos anos, a emergência do movimento feminista reivindicando por novas formas de exteriorização do ser humano enquanto ser político e social. Neste cenário, tornam-se questionáveis as práticas patriarcais, o modelo heteronormativo e a masculinidade hegemônica, que comporta a paternidade em moldes tradicionais e discriminatórios. Os métodos de pesquisa pretendidos neste trabalho comportaram, em maior parte, a análise de ensaios teóricos e etnográficos a respeito das teorias do gênero – feminilidades e masculinidades – e da paternidade, engendrados sob o viés feminista. Buscou-se, em outros campos das ciências humanas, notadamente na sociologia e na psicologia, o diálogo com o mundo jurídico numa perspectiva histórica e também atual. Pontuaram-se, também, alguns reflexos do novo cenário no ordenamento jurídico pátrio. A estrutura do texto está disposta a partir dos seguintes eixos principais: o debate conceitual de masculinidades e feminilidades sob uma concepção histórica e social, abarcando o sistema sexo-gênero e a inadequação da naturalização de conceitos inerentes a esse sistema; o panorama geral de reflexos absorvidos pelo Direito e, por fim, questões sociológicas específicas, relacionadas à paternidade. Como consideração final, indica-se a necessidade de transformação do exercício da paternidade acompanhada de mudanças sociais em sentido macro, a fim de se efetivar as sugestões postas pelo movimento feminista.

Palavras-chave

Feminilidades. Masculinidades. Desigualdade de gêneros. Paternidade.

* Assessora Jurídica da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Criminal do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense, pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Introdução

No contexto da pós-modernidade, marcado por mudanças econômicas, sociais e culturais, ganha voz o movimento feminista e suas ressonâncias no direito das famílias. Entre inúmeras demandas que emergem, existem aquelas contestadoras do padrão heteronormativo, da masculinidade hegemônica e do não compartilhamento de responsabilidades na paternidade e que norteiam o presente trabalho.

A figura da mulher correlata à autonomia ganha espaço neste cenário. Pela mulher, há maior compreensão do feminino, o crescente conhecimento e exercício de si como ser político. Ainda, destaca-se a maior participação no mercado de trabalho, na própria sexualidade e no núcleo familiar, fazendo com que o modelo hegemônico de práticas do homem seja contestado.

Entremeada, está a discussão envolvendo a naturalização das expressões dos corpos humanos e a redução destes aos aspectos da anatomia e da fisiologia. Assim, ao ser questionada a natureza simplória conferida à compleição física e à psique humana, é possível elevar o debate sobre a socialização dos corpos, das exteriorizações e dos comportamentos das mulheres e dos homens.

Abre-se espaço para o que se entende por resignificação – a realização dos seres humanos sob novas perspectivas, novos desejos e novos saberes. Oportuniza-se às mulheres e aos homens a realização de si em âmbito privado e doméstico, bem como em sociedade. Embora sem deixar de lado a ideia de que muitos indivíduos ainda não possuem autonomia sobre as próprias decisões e manifestações e não podem se realizar conforme aspirações pessoais.

As ciências humanas, que não a ciência jurídica, buscam auxiliar o direito na busca pelo justo e por garantir as novas personificações humanas. Neste sentido, a sociologia, a psicologia e a antropologia, através de seus mecanismos, são fundamentais e, talvez, protagonistas quando da análise e posterior proteção da diversidade de gênero, dos direitos das mulheres e dos novos arranjos de famílias – três pontos bastante articulados no presente trabalho.

As novas forças sociais muito importam para o Direito e, por sua vez, este deve revelar a aptidão para o acompanhamento dos modos de vida exercidos pelos indivíduos em sociedade. A orientação pelo ordenamento jurídico não pode, pois, ser estática. Ao contrário, deve seguir as interações sociais de modo a garantir direitos sem, no entanto, limitá-los.

Também ganha espaço a valorização do ser humano através da tão difundida dignidade da pessoa humana que, no contexto de despatrimonialização e humanização do direito privado, ocupa o patamar de metaprincípio. Por sua essência, considera-se que há ofensa à dignidade humana quando o ser humano é considerado como se fosse um objeto.

Novos arranjos vêm demarcando as relações de parentesco e familiares, compreendendo as alternâncias da forma de o indivíduo se relacionar afetivamente. Assim, surge a parentalidade socioafetiva – aquela oriunda da relação de fato, derivada da convivência, do afeto e do amor empreendidos entre as pessoas.

Como desdobramento, a paternidade socioafetiva se presta a certificar o direito da criança, do adolescente, ou até mesmo de um adulto, a ter um pai pelo vínculo de afeto criado, mesmo sem haver o vínculo biológico.

A Constituição Federal de 1988 é o notório marco normativo para o atual direito das famílias pátrio. Seguindo o já existente Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), a isonomia entre mulheres e homens no âmbito conjugal e familiar foi positivada, reverberando na forma de a legislação considerar os filhos e as responsabilizações para com estes. A nomenclatura “pátrio poder”, que continha forte influência do direito romano e do direito canônico, foi substituída por “poder familiar”, aclarando o ideal constitucional de igualdade também na criação dos filhos, que compreende o poder-dever de cuidado com paridade de direitos.

O Código Civil de 2002 seguiu reconhecendo às mulheres a igualdade de direitos em relação aos homens. O termo “homens”, como designador de sujeito indeterminado, foi substituído pelas nomenclaturas “ser humano” ou “pessoa”. Quanto à guarda dos filhos, o Código Civil se preocupou em responsabilizar ambos os genitores pela criação e educação das crianças e adolescentes, ainda que somente um deles esteja na companhia física e diária do filho.

Neste sentido, nota-se um esforço estatal, através do legislativo, para participar desta mudança no direito das famílias. No entanto, a regulamentação de normas atinentes ao direito privado e, notadamente, ao direito de família gera pontos controvertidos. Muito embora este ramo do direito seja considerado de interesse da sociedade e, em última análise, de ordem pública, não se pode desprezar o fato de que não é tão simples se imiscuir no âmbito doméstico do indivíduo.

Em que pese a clara instrução normativa pátria no sentido de retirar a supremacia de poder do homem que subjuga o poder da mulher, as práticas diárias na maternidade e na paternidade ainda ficam aquém ante o princípio ideal da isonomia. Assim, estudar as masculinidades e as feminilidades se justifica neste contexto de novas demandas sociais, valendo-se como instrumento a repensar a aceitação das manifestações hegemônicas como corretas.

A problematização trazida para este trabalho gira em torno do importante exercício, pelo homem, da paternidade responsável. Para se chegar ao específico problema social que existe em torno da desigualdade refletida na paternidade hoje vivenciada pelas famílias, percorreu-se, neste trabalho, o seguinte caminho:

Em um primeiro momento, pretendeu-se uma análise conceitual das questões de gênero, perpassando pelo sistema sexo/gênero, por conceitos de masculinidades e feminilidades e, principalmente, de masculinidade hegemônica como sustentação do patriarcado e motivação para as desigualdades de gênero existentes.

Após, apontaram-se os recentes comportamentos do direito de família pátrio e das instituições que com ele trabalham, primando-se pelo exame do que vem sendo alçado e transmitido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBD FAM, através de canais disponibilizados na rede mundial de computadores.

Por fim, retomando o exame conceitual mais afeto à paternidade, objetivou-se explicar o processo social de se tornar homem, no qual se submetem os meninos designados pelo sexo masculino. Processo este pautado na masculinidade hegemônica e que tem no fim do percurso a ideia de se tornar pai sem, no entanto, compreender a importância do relacionamento afetivo e cuidadoso para com o filho.

Na tentativa de compreender a experiência da paternidade e buscar novas possibilidades para o futuro nas quais não se reproduza o modelo hegemônico, o presente trabalho optou pela interdisciplinaridade no campo das ciências humanas. Justifica-se a mescla de conceitos e estudos advindos da sociologia e da psicologia para melhor compreensão da paternidade e de seus desdobramentos jurídicos.

Sob influência de autoras feministas, como Simone de Beauvoir e Judith Butler, buscou-se teorizar o conceito e o exercício da paternidade, bem como as perspectivas para o futuro. Para tanto, foram escolhidos autores nacionais que já desenvolvem estudos a partir das teorias feministas, como Benedito Medrado e Jorge Lyra, e, ainda, o importante trabalho de José de Olavarría, sociólogo chileno.

1. Masculinidades e Feminilidades em Debate

Definir, pelo dicionário Houaiss¹, significa determinar com precisão; explicar o sentido de; resolver. Gênero, para o mesmo dicionário, significa conjunto de espécies com as mesmas características; maneira de ser ou agir; em gramática, categoria que classifica as palavras em masculino, feminino e neutro. Dicionário, por sua vez, quer dizer listagem, geralmente em ordem alfabética, das palavras e expressões de uma língua com seus respectivos significados. Significar é ter sentido de; exprimir, traduzir.

Certo que não foi consultado um dicionário de gênero ou um livro específico para trazer os significados embutidos em um contexto mínimo de direitos sexuais. Porém, os verbetes trazidos por um dicionário simples, da língua portuguesa, já nos ajuda numa constatação inicial elementar: trabalhar com conceitos de gênero de forma categorizada é uma tarefa árdua em qualquer estudo. Bem possivelmente nunca haverá uma maneira irrefutável de se dizer o que é o masculino, o feminino, o neutro, entre outras expressões afetas.

Ainda que, no entanto, houvesse como categorizar as questões de gênero, levanta-se a reflexão de que esse não é o cerne da problemática. Ao contrário, a categorização e a polarização podem cercar e limitar as argumentações possíveis. Os estudos mais efetivos sobre a masculinidade e a feminilidade são aqueles que os levam para o plural, ampliando as nuances existentes dentro de cada um e desfazendo a ligação rasa entre sexo e gênero, feito sempre sob um viés binarista.

Quando as definições de gênero se constroem pelo senso comum, através da interiorização de estruturas já existentes, sem a elaboração de um conceito próprio

¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Objetiva, 2001.

que mais agrade e combine com um estilo de vida, estamos fadados ao preconceito. Fomos acostumados a nos alimentar sem deglutir com vagarosidade suficiente para que aquele alimento, em forma de informação, atinja um lugar crítico. O alimento deveria ocupar o lugar adequado, para que os indivíduos se tornem saciados e, por conseguinte, mais felizes. Ao contrário, ao se reproduzirem como “corretas” as performances de gênero hegemônicas, atrelando-se com arbitrariedade práticas sexuais e de gênero, incorre-se no que Judith Butler classifica como opressão biológica e cultural. (BUTLER, 2010).

Os seres humanos não são petrificados. As mudanças de gosto, de vontades e de sentimentos acontecem rotineiramente e estão conectadas com a idade, com os lugares e instituições que são frequentados e com as pessoas pertencentes ao convívio. É nesse contexto que as identidades se amoldam e, então, de acordo com Bauman, “as identidades fluuam no ar, algumas de nossa própria escolha, mas outras infladas e lançadas pelas pessoas em nossa volta, e é preciso estar em alerta constante para defender as primeiras em relação às últimas.” (BAUMAN, 2005, p. 35 *apud* COUTO, 2011, p. 118).

Uma das técnicas utilizadas pelos pesquisadores na área de comportamentos humanos é a etnografia – um estudo analítico feito *in loco*, através de pesquisa de campo, com intuito de demarcar os locais e o objeto do estudo, e, por conseguinte, tentar compreender as formações e ações ali desenvolvidas. Um dos ambientes que vem sendo preferidos para se efetuar uma etnografia é o escolar. Maria Aparecida Souza Couto nos ajuda a entender o porquê dessa preferência e como a escola é importante para o desenvolvimento das identidades de gênero. Ela explica que “na estrutura escolar, as masculinidades e feminilidades entram em conflito fruto do encontro das semelhanças e diferenças procedentes da faixa etária na qual se encontram os jovens do ensino médio.” (COUTO, 2011, p. 120).

Pode-se estender o pensamento de Couto para as demais faixas etárias. A formação social e psíquica dos seres humanos se inicia nas etapas iniciais da infância. A formação sexual e afetiva ainda possui uma relevância – ao nascer com determinado órgão sexual, o indivíduo terá que lidar com as expectativas externas, de outras pessoas e das instituições, que serão lançadas sobre ele e seu órgão sexual de nascimento:

Rapazes e moças passam por um constructo cultural que antecede a escola. Desde o nascimento já são denominados como homens e mulheres, tendo que confirmar esta identidade que já está posta, definida ao nascer. Ocorre que, na imensa maioria das vezes, o modo como as identidades estão definidas atende a parâmetros lastrados na tradição que coloca homens e mulheres em polos antagônicos, numa hierarquia de poder no qual cabe às mulheres as posições inferiores na sociedade. (COUTO, 2011, p. 120).

Em relação ao papel exercido pelas instituições no suporte à construção de identidades de gênero, nota-se que nem sempre há um ambiente favorável a essa estruturação de forma digna e plena. Feminilidades e masculinidades encontram pouco espaço para debate nas escolas, por exemplo. Ao contrário, alguns estereótipos de gênero se tonificam neste cenário. Couto alerta, em estudo etnográfico, que “a escola distancia-se do cotidiano vivido do aluno e não colabora para a sua formação geral, seja para o trabalho, seja para viver em sociedade, seja para discutir as relações de gênero.” (COUTO, 2011, p. 120).

Pode-se admitir que o mundo alicerçado em igualdades seja um mundo distante. No entanto, existem esforços no sentido de tornar o hoje melhor do que o passado e que não podem ser desprezados. Essa constatação legitima a incessante busca pela isonomia, a qual é ainda pauta importante no movimento feminista, bem como o protagonismo da mulher na busca por seus direitos. Em 1949, quando escreveu o ensaio *O Segundo Sexo*, Simone de Beauvoir já assim defendia:

Creio que, para elucidar a situação da mulher, são ainda certas mulheres as mais indicadas. É um sofisma encerrar Epimênides no conceito de cretense e os cretenses no de mentiroso: não é uma essência misteriosa que determina a boa ou a má-fé nos homens e nas mulheres; é a situação deles que os predispõem mais ou menos à procura da verdade. Muitas mulheres de hoje, que tiveram a sorte de ver-lhes restituídos todos os privilégios do ser humano, podem dar-se ao luxo da imparcialidade; sentimos até a necessidade desse luxo. Não somos mais como nossas predecessoras: combatentes. De maneira global ganhamos a partida. Nas últimas discussões acerca do estatuto da mulher, a O.N.U. não cessou de exigir que a igualdade dos sexos se realizasse completamente e muitas de nós já não veem em sua feminilidade um embaraço ou um obstáculo; muitos outros problemas nos parecem mais essenciais do que os que nos dizem particularmente respeito; e esse próprio desinteresse permite-nos esperar que nossa atitude será objetiva. Entretanto, conhecemos mais intimamente do que os homens o mundo feminino, porque nele temos nossas raízes; apreendemos mais imediatamente o que significa para um ser humano o fato de pertencer ao sexo feminino e preocupamo-nos mais com o saber. (BEAUVOIR, 1970, p. 21).

Beauvoir é uma das precursoras dos questionamentos em torno do sistema sexo/gênero. Para ela, as fórmulas simples, baseadas em dados da biologia, que determinavam a mulher – fêmea – como condutora de óvulos e o homem – macho – como condutor de espermatozoides não seriam suficientes a explicar uma desigualdade impingida como sendo da natureza:

[...] os indivíduos nunca são abandonados à sua natureza; obedecem a essa segunda natureza que é o costume e na qual se refletem os desejos e os temores que traduzem sua atitude ontológica. Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que ele se valoriza. E, diga-se mais uma vez, não é a fisiologia que pode criar valores. Os dados biológicos revestem os que o existente lhes confere. Se o respeito ou o medo que inspiram a mulher impedem o emprego de violência contra ela, a superioridade muscular do homem não é fonte de poder. (BEAUVOIR, 1970, p. 56).

A distinção inicial a ser feita para melhor aclarar e fundamentar as considerações sobre identidades de gênero é entre sexo e gênero. Em que pese bastante necessária, não é algo de fácil percepção. O sustentáculo das ideias aqui trazidas são as lições de Judith Butler, filósofa feminista, teórica *queer* e militante da causa transexual e Joan Scott, historiadora e também teórica das causas feministas. Ambas têm seus trabalhos repercutidos em pesquisas feitas no Brasil. (MEDRADO, 2002; MEDRADO; LYRA, 2008).

Quando o conceito de gênero é usado como sinônimo de sexo, ocorre o que Judith Butler classifica como “construcionismo”. Ou seja, algo que, apesar de naturalizado por práticas, costumes e ausência de contestação, não é algo de fato natural. O sexo é colocado, em alguns estudos, como característica do corpo, anátomo-fisiológica, ligada ao órgão genital. (MEDRADO; LYRA, 2008). Órgão este que está com o ser humano desde o seu nascimento, mas pode ser alterado por vontade do indivíduo ou até mesmo por necessidade psicossocial, como ocorre com os transexuais.

Joan Scott, em estudos realizados com Butler, vai além. Diz que ambos os conceitos, de sexo e de gênero, são construções históricas e já sofreram transformações variadas no tempo e no espaço, não sendo necessariamente ligados à natureza. São formas de saber a sexualidade, os desejos, o corpo. O sexo, para elas, não é só a parte genital do corpo. Apesar de não desprezarem a existência fática do pênis e da vagina, trabalham no sentido de lançar um olhar ligado à cultura e ao tempo analisado. (SCOTT, 1995).

As tênues distinções entre sexo e gênero se fazem sempre pertinentes, pois, conforme detectado por Maria Jesús Izquierdo, incorre em abuso a confusão entre termos e conceitos praticados em estudos que substituem involuntariamente o termo “sexo” pelo termo “gênero”. Benedito Medrado e Jorge Lyra, em artigo que se utiliza das ideias de Izquierdo, apontam certa intenção, como estratégia, na confusão de termos é:

[...] comum em pesquisas de natureza quantitativa (notadamente em quadros e tabelas, quando referem os informantes homens como gênero masculino e as mulheres como gênero feminino), mas também presente em estudos qualitativos quando focalizam as diferenças, sem compreendê-las como desigualdades. (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 817).

Retomando o diálogo entre Butler e Scott sobre o sistema sexo/gênero, é possível sistematizar os conceitos, implicando ao primeiro um aspecto estatístico, fazendo com que seu uso revele que as construções sociais não estão no foco. Gênero, por sua vez, carregaria um aspecto mais politizado.

Ambas as autoras acreditam que a salvaguarda da naturalização do sexo é uma forma de manter um status pré-cultural, pré-discursivo e, por consequência, a-histórico. (BUTLER, 2010). Neste sentido, Scott (1995) vai afirmar que, sendo saberes, a distinção entre os dois é complexa, de tal forma que não podemos dizer que o gênero é um reflexo do sexo ou que seja imposto sobre este. Pelo contrário, o sexo se torna um efeito do gênero. Deste modo, sem desprezar a existência fática e corporal dos órgãos genitais, elas defendem que o sentido conferido à vagina e ao pênis é um efeito do gênero.

Em razão dessa politização intrínseca ao sistema sexo/gênero, principalmente deste último, e da relevância das teorias de gêneros – feminilidades e masculinidades – é que são necessárias as considerações acima. Conforme se infere das ideias de Judith Butler e Joan Scott, existem historicidades marcadas no tempo e no espaço que ajudam a entender as masculinidades, e, por consequência, o exercício da paternidade posto nos dias atuais, que é o objeto fim deste estudo. Ajuda esta que toca tanto às masculinidades comparadas entre si como também quando comparadas às feminilidades.

O estudo das masculinidades ganhou destaque por volta dos anos 1980 com nomes bastante presentes em textos desta natureza, como Tim Carrigan, Raewyn (Robert) Connel e John Lee. Todos escreveram teses importantes a partir do ano de 1985 em diante. Nas décadas de 1990/2000, entre os anos 1995 e 2005, novo marco nessas pesquisas é trazido com a compilação das produções de Connel, Jeff Hearn e Michael Kimmel, denominada *Handbook of Studies on Men and Masculinities (Tratado dos Estudos de Homens e Masculinidades)*. Segundo os autores, a obra aborda o “desenvolvimento do campo de pesquisa sobre masculinidades.” (CONNEL, 1995; CARRIGAN, 1985; LEE, 1985).

Entre os três mencionados acima, não se pode deixar de mencionar particularmente o nome e as contribuições de Raewyn Connel, transexual australiana citada por diversas vezes pelo nome de nascimento Robert, antes de ser submetida à cirurgia de transgenitalização. Connel é o nome maior no estudo das masculinidades. Para ela a masculinidade se revela através de práticas em torno da situação que os homens ocupam nas relações de gênero. Tais práticas

são responsáveis pela construção dos homens dentro de uma estrutura que atribui significados distintos àquilo que se entende como masculino ou feminino. Fala-se, evidentemente, das relações de poder que constituem o gênero.

Connel difundiu, com seu trabalho, a ideia de masculinidade hegemônica – aquela que reflete o perfil heteronormativo dos seres humanos – e é o complexo de manifestações, por mulheres e homens, demarcado pela não contestação e pela legitimação do patriarcado, garantindo a perpetuação dos privilegiados por essa concepção. Este tipo de masculinidade, portanto, não se explica apenas pela composição de recursos humanos, mas acima de tudo pelo discurso de poder engendrado – o heteronormativo.

Fabrizio Mendes Fialho (2006), em trabalho elaborado sobre o conceito de masculinidade hegemônica, critica o termo da professora Raewyn Connel por achá-lo impróprio e se reduzir a um modelo binário. Para ele:

[...] embora Connel se preocupe em distingui-las (as múltiplas masculinidades) – e tal distinção possa ser, em alguma circunstância, útil –, o fato de classificar uma delas como “hegemônica” logo aponta para o fato de que as demais estão excluídas de qualquer posição de predominância. (FIALHO, 2006, p. 4).

Fialho (2006) cita Sylvia Walby e Marlise Matos para argumentar que a melhor noção a se usar, com intuito de se referir à posição dominante dentro das teorias de gênero, seria a de patriarcado. Hegemonia, para Fialho (2006, p. 6), “traz a ideia de luta por posições e de que um grupo mantém dominação sobre outro(s)”, que, se adotada, poderia sugerir uma contínua disputa social entre grupos por poder e a conseguinte e necessária subjugação de outro(s).

Embora inegavelmente expressivas as lições da professora Raewyn Connel, parece razoável a crítica feita por Fialho, endossada por Medrado e Lyra que defendem que:

[...] de fato, ao se empregar a expressão “masculinidade hegemônica”, nessa leitura acaba-se materializando (ou substantivando) um jogo ou processo de poder, produzindo leituras binárias, sem reconhecer a dimensão relacional de gênero. (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 829).

Mais importante do que a dissidência quanto à terminologia “hegemonia” é a congruência existente no trabalho de Connel e de seus críticos de que as masculinidades são múltiplas, podendo ser diferentes, similares ou até antinômicas. Devem ser entendidas como práticas, e não como identidades, construídas ativamente em várias etapas da vida. (CONNEL, 2000).

Tanto as expressões das masculinidades como das feminilidades se distribuem num amplo espectro entre os polos. Poucas são as certezas para definir os comportamentos e desejos, incluindo-se os sexuais, atrelados a essas expressões. Há a influência de fatores biológicos e de experiências da vida, porém são ainda insuficientes para explicar a totalidade das aspirações e da orientação sexual de cada indivíduo. Muito porque, conforme já dito por Marlise Míriam de Matos Almeida em expressão por ela elaborada, as “transperformances de gênero” são múltiplas e passíveis de mudança a cada contato da vida:

O prefixo “trans”, acrescentado à posição inicial de Butler, remete, ao mesmo tempo, tanto ao aspecto dinâmico (de movimento, de fruição e de transformação) quanto ao ponto de vista de atravessamento e transversalidade de inúmeros vetores de forças que vão ser operadas para erigir ou definir uma posição identitária e identificatória de gênero. As transperformances de gênero reúnem dimensões múltiplas de forças que refletem as condições psicológicas e sociais que, por sua vez, constituem e regulam os corpos sexuados. Nas produções corporais e afetivas, residiriam uma certa “história sedimentada do performativo”: a partir de sua análise, podemos recuperar as múltiplas dimensões não apenas das “representações” da masculinidade (que definem um conjunto organizado de simbolismos e estereótipos negociados e construídos socialmente a partir de uma cultura fálica/tradicional de gênero conformando o que Connell recentemente – 1995,1997 – cunhou como “masculinidade hegemônica”) como também outras inserções da masculinidade que “escapam” à armadilha da representação simbólica tradicional, podendo ser expressas através das transformações nos planos da sexualidade, dos afetos e do corpo. (um plano inconsciente de gênero) (ALMEIDA, 2000, p. 30).

Masculinidades e feminilidades são, portanto, campos comportamentais. Podem ser formados predominantemente por homens ou mulheres, mas não há essa conexão uniforme e necessária. É nada mais do que uma imprecisão, segundo Maria Jesús Izquierdo, essa associação que se faz.

Ao falarmos aqui sobre as masculinidades, adotaremos um conceito que aponta crítica aos estudos feitos de forma reducionista, ou seja, aqueles que põem o homem em seu centro e não o conjuga com estudos de gênero, feminismo e teoria *queer*. Ficaremos, assim, na maior parte desse primeiro capítulo, com as lições de Benedito Medrado e Jorge Lyra, trazidas no artigo “Por uma matriz feminista de gênero para os estudos sobre homens e masculinidades” (2008).

Esses autores afirmam que:

[...] investigar sobre as masculinidades significa não apenas apreender e analisar os signos e significados culturais disponíveis sobre o masculino, mas também discutir preconceitos e estereótipos e repensar a possibilidade de construir outras versões e sentidos (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 825).

Ainda, como ressalta Barbieri, também são insuficientes as pesquisas que retratam só as feminilidades. Os estudos de gênero se mostram mais completos quando analisam as relações mulher-homem, homem-homem, mulher-mulher. (BARBIERI, 1992 *apud* MEDRADO; LYRA, 2008).

É, portanto, fundamental a análise das masculinidades alinhadas às breves considerações sobre sexo e gênero já feitas, bem como partindo de um marco conceitual que Medrado e Lyra (2008) propõem através de três componentes: (1) desnaturalização das relações de gênero – mesma ideia de Butler, já mencionada, a fim de evitar o “construcionismo” e, por conseguinte, a “opressão biológica e cultural”, (2) a dimensão relacional inerente ao conceito de gênero – por não poder ser pensado “como entidade em si, mas como construções interdependentes” e (3) as relações de poder – considerando a “assimetria de poder” – como disparidades de acesso ao poder, adiante melhor elaborada. (MEDRADO; LYRA, 2008).

A proposta, quando se está discutindo feminilidades e masculinidades, é sempre se dispor a deixar de lado e, em última análise, combater as práticas discursivas que incutem diferenças na diversidade. Esta observação engloba os três componentes descritos acima, tornando-os exercícios rotineiros a orientarem os estudos de gênero e as práticas sociais de maneira global.

Ou seja, a mulher em posição de inferioridade na sociedade não está subjugada em relação às masculinidades ou, ainda, às masculinidades hegemônicas, mas sim a toda uma construção heteronormativa que engloba os homens e as instituições sociais – religião, sistemas de educação, de saúde, Estado, mídia etc. Através dessa noção é que se podem pensar as relações de poder que colocam a mulher em posição desvantajosa, tornando o discurso mais completo e eficaz.

Sobre as relações de poder postas e situação dos homens, Medrado e Lyra discorrem que “muitos homens, em condições sociais diversas, também enfrentam, cotidianamente, a impossibilidade/obrigação de responder ao modelo hegemônico de masculinidade.” (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 826). Por esse modelo, temos um “ideal cultural de masculinidade” (FIALHO, 2006, p. 4) que, na nossa cultura brasileira, podemos exemplificar com os modelos masculinos largamente mostrados em passarelas e em televisões, principalmente em papéis ditos “galãs”. Estas, porém, não são as únicas expressões. É sempre importante lembrar, conforme lições já mencionadas de Rayween Connel, sobre a existência de outras formas de masculinidades.

É também se apropriando do conceito de gênero que Maria Jesús Izquierdo busca entender as desigualdades sociais. Para ela, “a desigualdade fundamental entre homens e mulheres reside nas formas como os seres humanos se relacionam na produção de sua existência.” (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 816). No artigo “Por uma matriz feminista de gênero para os estudos sobre homens e masculinidades” (2008), Medrado e Lyra extraíram e traduziram para o português alguns trechos de obras de Maria Jesús Izquierdo que os ajudaram a explicar as desigualdades de gênero. Para ela:

[...] a sociedade se acha estruturada em dois gêneros, o que produz e reproduz a vida humana, e o que produz e administra riquezas mediante a utilização da força vital dos seres humanos. Vemos que o setor produtivo da vida humana se organiza em condições de dependência com relação ao setor dedicado à produção da riqueza e à administração. (IZQUIERDO, 1994, p. 49 *apud* MEDRADO; LYRA, 2008, p. 816).

Nota-se que, pela perspectiva usada por Izquierdo, o gênero feminino, por ser o único capaz de conceber a vida em seu próprio corpo através da atividade gestacional, ocupa o polo de produção e reprodução da vida humana. Conforme destaca Medrado e Lyra, são atividades, além disso, desenvolvidas basicamente por mulheres. (MEDRADO E LYRA, 2008, p. 816). Por consequência, naturaliza-se no gênero feminino a procriação e o zelo com os filhos. Por sua vez, o homem é o responsável pela produção e administração das riquezas. A autora ainda aduz que a primeira atividade é dependente da segunda, e, em razão dessa polarização, maior poder é conferido ao gênero masculino – produtor/administrador das riquezas.

A expressão “além disso” utilizada pelos autores nos remete aos papéis caracterizados como do gênero feminino desenvolvidos por homens, como é o exemplo da guarda conferida ao pai para cuidado integral com os filhos. Há, portanto, uma tênue e importante diferenciação feita por Izquierdo sobre as desigualdades de gênero e desigualdades de sexo.

A perspectiva aqui adotada, a da desigualdade, tem por base a diferenciação entre sexo e gênero feita inicialmente. Adotam-se as minúcias humanas ligadas ao gênero sob a perspectiva da desigualdade, uma vez que são socialmente e historicamente construídas e, muitas das vezes, impostas e naturalizadas – e não naturais. Desigualdades estas elaboradas por setores inseridos em camadas dominantes da sociedade e sobre as quais o grupo subjugado não possui paridade de armas para o debate.

Para contextualizar no tempo a gênese das desigualdades de gênero, importante retomar as discussões em torno do sistema sexo/gênero, com as análises feitas por Medrado e Lyra. Ao trazerem as lições de Thomas Lacqueur, os citados autores contam que, desde a filosofia grega, o modelo de sexo era único,

sendo a mulher “o homem invertido”. Como se houvesse uma escala de perfeição do sexo biológico, o homem ocupava o espaço do perfeito. Só ele era considerado o detentor de órgãos reprodutores que se coadunavam com o calor vital, podendo e devendo ejacular para liberar os espermatozoides que serviriam à fecundação. Noutra ponta, a mulher era considerada fria justamente para abrigar o óvulo fecundado sem destruí-lo com o calor. (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 817-818).

Essa unicidade do sexo biológico, escalonada em perfeito e imperfeito, foi dando lugar, a partir do século XVIII, a outro entendimento. Passou-se a enxergar os corpos em real oposição, evidenciando-se as diferenças e deixando cada vez mais de lado as semelhanças. Assim, a lógica binária de oposição e diferenciação ganhou força, ainda colocando a mulher em posição inferior, considerando a sua natureza anátomo-fisiológica.

A oposição binária foi apreciada por Costa por possuir uma fundamentação política, e não apenas natural, como aparentava e ainda hoje é usada. Assim analisou:

[...] os ideais igualitários da revolução democrático-burguesa tinham que justificar a desigualdade entre homens e mulheres, com fundamento numa desigualdade natural [...]. Para que as mulheres, assim como os negros e os povos colonizados, não pudessem ter os mesmos direitos de cidadãos homens, brancos e metropolitanos, foi necessário começar a inventar algo que, na natureza, justificasse racionalmente as desigualdades exigidas pela política e pela economia da ordem burguesa dominante. (COSTA, 1995, p. 7 *apud* MEDRADO; LYRA, 2008, p. 818).

A desigualdade, se adotada apenas sob a perspectiva natural dita por Costa, torna-se instrumento de redução do discurso político e naturaliza o sistema sexo/gênero. A diferenciação que polariza sexo como biologia e gênero como cultura é alvo de críticas. Através destas críticas, desembocamos na perspectiva da desigualdade que não a natural, da diferença dos corpos, mas sim política, baseada no que Medrado e Lyra designam por “assimetria de poder”. (MEDRADO E LYRA, 2008, p. 819).

A assimetria de poder é um termo bastante engrandecedor ao debate, trazido por Medrado e Lyra. Com ele, os autores entendem o gênero como um campo de estudo das relações entre indivíduos, não devendo ser pensado como entidade isolada. Chamam de “construções interdependentes” aquelas intrínsecas à forma relacional como os seres humanos se dispõem na sociedade, que não necessariamente se dá de forma complementar, mas baseada numa assimetria de poder.

Desigualdade, portanto, é aquela que surge das práticas relacionais de gênero e, em virtude do gênero, pessoas possuem mais ou menos poder. Nesta esteira, as diferenças desembocam em desigualdades, evitando-se a sexualização e determinação biológica do mundo e o consequente binarismo como oposição de sexos.

Sarti defende que, quando analisamos as relações de poder entre o eu e o outro, não há que se falar em dominação como uma integrante essencial, pois assim se reforçaria a lógica dicotômica. Para ele, o jogo relacional compreende as parcelas de poder conferidas a cada parte e as disparidades de acesso a ele que entremeia as relações sociais:

Pressupondo a dominação, o outro é necessariamente o dominador; portanto, o conhecimento sobre a mulher exclui o outro [o homem]. A prática antropológica, ao contrário, volta-se para o reconhecimento do outro, preservando a distância entre eu e o outro, não havendo qualquer oposição predeterminada. O problema é, então, como estabelecer os termos da comunicação possível, tendo em vista que se pretende a relação com o outro. (SARTI, 2004, p. 47 *apud* MEDRADO; LYRA, 2008).

Uma resposta possível à problemática posta por Sarti é o reconhecimento das desigualdades como diversidades inerentes às relações de gênero, primando, assim, por abraçar as mais diversas expressões do ser humano enquanto ser social e sexual.

A importância dada à figura do homem explica-se em Medrado e Lyra, quando enfatizam que, nos estudos sobre as desigualdades de gênero e diversidades, alguns vieses feministas pecam por generalizar a figura masculina como opressora em sentido lato. Esse posicionamento vai contra a ideia de reconhecimento do outro e pode se revelar em ataque pouco construtivo ao debate acerca das identidades de gênero:

A análise sobre essa tradição nos remete, assim, à necessidade de reflexões sobre a construção de masculinidades e feminilidades que vão além da vitimização de alguns (mulheres) e da culpabilização de outros (homens). Afinal, reconhecer a dimensão relacional do gênero possibilita desconstruir principalmente os argumentos culpabilizantes sobre os homens que demarcam o discurso de parte do movimento feminista e que ainda se faz presente, direta ou indiretamente, nas produções acadêmicas contemporâneas. Como destaca Medrado, ao invés de procurar os culpados, é necessário identificar como se institucionalizam e como se atualizam as relações de gênero, possibilitando efetivamente transformações no âmbito das relações sociais “generificadas”, ou seja, orientadas pelas desigualdades de gênero. (MEDRADO; LYRA, 2008, p. 819-820).

O poder, majoritariamente posto e legitimado, é o masculino. Tal assertiva é feita considerando os estudos de caso que levam em consideração as masculinidades e suas diversas expressões. É o caso também ao analisarmos a sociedade na qual estamos incluídos. Embora essa seja uma percepção extremamente setorizada, pode ajudar a enxergar a posição das masculinidades e feminilidades, se imbuídas dos exercícios acima propostos – desnaturalização, análise relacional e de poder.

Nesse contexto, insere-se a necessária ideia de minorar os preconceitos inculcados no campo da masculinidade regida pelo patriarcado que, entre muitas outras rejeições, pretere a ideia de participação na criação e cuidados com os filhos.

Nesse sentido, Benedito Medrado e outros autores contribuíram com o artigo “Paternidade, Cuidado e Direitos Reprodutivos: desafios à implementação de políticas públicas plurissetoriais gênero-equitativas”, publicado para a IV Jornada Internacional de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. Consignaram que a:

[...] minimização das desigualdades sociais entre mulheres e homens e a garantia do exercício pleno da cidadania depende também de uma revisão, por parte dos próprios homens, das relações de poder e da cultura machista em que fomos engendrados, por exemplo, nos contextos da sexualidade e da saúde reprodutiva (OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 1).

Muito do que se pensa sobre a masculinidade, principalmente daquela vista sob o aspecto do patriarcado, pode ser traspassada para a paternidade. Assim como o indivíduo que nasce com o órgão sexual dito masculino é pressionado a corresponder às expectativas que dele esperam as pessoas e as instituições, também existe uma expectativa criada quando alguém se torna pai. O comportamento esperado para este, no entanto, difere, e muito, daquele esperado na posição de mãe. Muito porque, utilizando-se das proposições já feitas, naturalizam-se diversos comportamentos afetos ao sistema sexo/gênero e, em última análise, de homens e mulheres:

Este modelo, patriarcal hegemônico, distancia os homens dos cuidados paternos e os libera da responsabilidade com a prevenção da gravidez indesejada e também das doenças sexualmente transmissíveis. “Alterar esse modelo significa buscar uma sociabilidade na qual o sentido da paternidade e da maternidade seja completamente transformado, levando a uma divisão sexual igualitária no âmbito doméstico e, em particular, nas tarefas de cuidar das crianças na vida cotidiana.” (ÁVILA, 2003, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 2).

Assim, discutiremos ao longo dos demais capítulos deste trabalho, aliado ao debate feito neste primeiro sobre as masculinidades, gênero e relações de poder, o panorama atual do exercício da paternidade no conjunto social e jurídico pátrio. Serão analisados pontos recentes dos discursos legislativo e jurisprudencial, tocantes ao âmbito privado/doméstico na paternidade e na maternidade.

2. Análise Pontual dos Discursos Legislativo e Jurisprudencial através do STJ e do IBDFAM

O Direito, dentro de suas possibilidades, também atenta para as questões de gênero. No entanto, como reflexo principiológico e normativo da sociedade em que foi engendrado, a deferência de direitos e garantias nem sempre é equânime entre mulheres e homens, entre feminilidades e masculinidades, entre maternidade e paternidade:

Ora, a mulher sempre foi, senão a escrava do homem ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado *handicap*. Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. (BEAUVOIR, 1970, p. 14).

Feitas algumas considerações teóricas necessárias à compreensão do enfoque do direito das famílias neste trabalho adotado, passa-se a uma pesquisa pontual dos discursos doutrinário e jurisprudencial atuais que tocam o tema da paternidade.

Para facilitar a exposição da pesquisa e torná-la um pouco mais próxima do que vem sendo transmitido à população e aos estudantes de Direito sobre o tema direito de família e paternidade, buscou-se analisar as notícias veiculadas na página do Superior Tribunal de Justiça mantida no *Facebook* e as recentes notícias publicadas no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Secretaria de Comunicação Social, vem mantendo uma interessante página na rede social *Facebook* (<https://pt-br.facebook.com/stjnoticias>), para divulgação de notícias, fotogramas e vídeos atinentes ao Direito e ao funcionamento do STJ. Em razão de o *Facebook* ser uma rede de comunicação usada em larga escala pela população, parece uma válida ideia que visa aproximar o direito formulado nos tribunais de um maior número de pessoas.

Dentro desta página, na aba “fale conosco”, o STJ abre a possibilidade de serem formuladas perguntas de natureza diversa, por meio de um sistema de ouvidoria. Indagados sobre a metodologia e os critérios utilizados para atualização da página do *Facebook*, a Ouvidoria do STJ assim respondeu:

[...] informamos que a atualização e monitoramento da página são feitos de acordo com o horário de funcionamento do Tribunal e a adequação da mensagem ao horário de inserção. Procuramos selecionar conteúdo com base em assuntos atuais ou de relevância para o cidadão de um modo geral. Não apenas com informações sobre o STJ (como decisões, súmulas e jurisprudência), mas também com informações de utilidade pública e que fazem parte do dia a dia de todos. A equipe é formada por servidores concursados e estagiários. Não há um critério específico para assuntos de direito de família, mas essas publicações, provavelmente por sua relação com aspectos afetivos e emocionais, costumam gerar repercussão significativa².

Assim, pretendeu-se fazer um mapeamento dessas notícias veiculadas pelo STJ, entre os meses de outubro de 2014 até maio de 2015, a fim de saber com qual frequência o Tribunal aponta informações sobre o direito das famílias e, mais especificamente, sobre paternidade.

Nesta pesquisa, foram obtidos os seguintes resultados: no período compreendido entre 01/10/2014 e 31/05/2015, o Superior Tribunal de Justiça trouxe por cerca de vinte e cinco vezes informações sobre Direito de Família. Foram abordados temas como adoção, direitos da mulher, divisão de bens, pensão alimentícia, alienação parental, entre outros. Especificamente sobre a paternidade, esta foi tema por cinco vezes naquele período.

O tema paternidade socioafetiva que, em síntese, se refere à filiação por laços de afeto, não sendo necessário o parentesco biológico, é tema bastante primado pelas exposições e foi veiculado por duas vertentes no período analisado. A primeira vertente se refere à ação negatória de paternidade quando o pai assume a paternidade socioafetiva, mesmo sabendo que filho não é biológico, o que configura a adoção à brasileira. Para o STJ, a paternidade socioafetiva, em princípio, deve prevalecer sobre a verdade biológica e não poderá este pai, posteriormente, desconstituir o registro da paternidade socioafetiva por questões patrimoniais³.

² Ouvidoria registrada sob o nº 134818, arguida através do sítio eletrônico: <https://ww2.stj.jus.br/out/in/ouvidoria/> e respondida por email.

³ Para o STJ “a adoção à brasileira, quando é fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não está sujeita a distrato por mera liberalidade, tampouco por avença submetida à condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a mãe”. O número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial (SJT, 2015b).

Noutra vertente, estão os casos em que, na constância de uma união familiar, o pai acredita que o filho gerado é biologicamente seu filho e só descobre o contrário após realizar exame de DNA. Quando o registro da paternidade está baseado em erro a que foi induzido o pai, o STJ autoriza a desconstituição da paternidade, ainda que haja convivência entre pai e filho e a afetividade entre ambos esteja estabelecida. O Tribunal assentou que existe filiação socioafetiva apenas quando há clara disposição voluntária do pai para dedicar afeto e ser reconhecido como tal, ressalvando, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro, hipótese que não comportaria posterior alteração⁴.

O STJ também abordou o recente tema da guarda compartilhada, objetivando desmistificar que esta espécie de guarda é aquela em que a criança ou adolescente reside alternadamente com ambos os pais, em tempo dividido. Ao contrário, explicou-se que a guarda compartilhada é a divisão das responsabilidades inerentes à criação dos filhos e não a mera divisão de lares e de tempo com os filhos. Na guarda compartilhada, não se exige meramente a divisão quantificada e exata dos encargos, embora isso possa acontecer. É, pois, a participação e responsabilização conjuntas, sem a necessidade de a criança ou adolescente ter a residência com o pai e também com a mãe. Com o advento da Lei nº 13.058/2014⁵, tornou-se esta a regra, podendo ser decretada mesmo sem o consenso dos pais⁶.

O abandono afetivo, instituto que ficou bastante conhecido e ganhou força com a atuação da ministra Nancy Andrighi em sua atuação no STJ, também é tema debatido pelo Tribunal. A frase “amar é uma faculdade, mas cuidar é um dever”, foi utilizada pela ministra para definir que a obrigação do genitor ou de quem adotou um filho vai além do pagamento de pensão alimentícia, sendo fundamental o cuidado para com o filho. Através do instituto, o STJ tem firmado entendimento de que a falta de comprometimento na relação entre pai e filho gera dever de indenizar, por ofensa a direito da personalidade⁷.

Como último tema veiculado pelo STJ e pertinente ao objeto deste trabalho, pode-se destacar a alienação parental, regulada pela Lei nº 12.318/2010⁸. Segundo a lei, a alienação parental consiste na:

[...] interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, Lei nº 12.318, 2010).

⁴ STJ, 2015a.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

⁶ STJ NOTÍCIAS, 2015a.

⁷ STJ NOTÍCIAS, 2015b.

⁸ BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

As ocorrências devem ser analisadas com cuidado, pois não há maneira objetiva de configuração, podendo acontecer de forma sutil ou em casos extremados. Na alienação parental, a criança desenvolve vínculos paralelos com o pai e a mãe, não os enxergando como um par parental, o que dificulta o amor aos dois. Assim, é dever da parte lesada assumir um papel ativo de desconstruir o sentimento que a alienação parental construiu, o que se chamou de “responsabilidade para com os filhos”⁹.

Outra importante fonte de produção e veiculação do direito de família é o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (<http://www.ibdfam.org.br/>). O Instituto é uma entidade técnico-científica sem fins lucrativos, reconhecida pelo Ministério da Justiça como de utilidade pública federal e tem por objetivo o desenvolvimento e divulgação do conhecimento sobre o Direito das Famílias, além de atuar como força representativa nas questões pertinentes às famílias brasileiras.

O IBDFAM mantém, em seu sítio eletrônico, um canal de notícias atualizado quase que diariamente, além de enviar jornais eletrônicos, via email, para os que se inscrevem na página da *web*. Os informes veiculados, por serem mais específicos sobre o tema “direito de família”, procuram estar atentos às diversidades e especificidades das demandas sociais que recorrem à Justiça.

O mesmo período foi utilizado para pesquisa junto ao canal do IBDFAM: outubro de 2014 até maio de 2015. Porém, por se tratar de um meio exclusivamente especializado no direito das famílias, buscou-se sintetizar as notícias referentes ao tema da paternidade e ao comportamento dos pais na criação e guarda de seus filhos. Foram estes os resultados obtidos.

A questão do reconhecimento voluntário de filiação socioafetiva está em voga nos tribunais e, por isso, é motivo de destaque pelo IBDFAM. Evidenciam-se os casos em que, mesmo com a manutenção do pai registral anteriormente reconhecido, os Tribunais também reconhecem o direito do filho de ser registrado pelo pai socioafetivo, por considerar que a paternidade socioafetiva deve ter tratamento igualitário à biológica. Para a desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, vice-presidente do IBDFAM, a posse de estado de filho nada mais é que o reconhecimento jurídico do afeto, com objetivo de garantir a felicidade, em um direito a ser alcançado. O reconhecimento pode ser feito diretamente em alguns cartórios que assim já aceitam, com a devida apresentação de documentos e anuência da mãe, por escrito, se o filho for menor de idade¹⁰.

A licença paternidade¹¹, outro tema afeto ao trabalho, também vem sendo pleiteada e deferida pelo Poder Judiciário ou até administrativamente, além de estar sendo discutida no âmbito do Poder Legislativo. Para Maria Berenice Dias, os projetos de lei em trâmite¹² refletem a necessidade de adequar a legislação à nova realidade

⁹ STJNOTÍCIAS, 2015a.

¹⁰ IBDFAM, 2015a.

¹¹ IBDFAM, 2015b.

¹² Vide Projeto de Lei nº 879/11, Projeto de Lei nº 3935/08, Projeto de Lei nº 6753/10 e Proposta de Emenda Constitucional 110/11.

das famílias, em que os pais-homens participam da criação dos filhos exercendo a parentalidade, e não somente o papel de provedor. Trata-se da conferência aos pais de um maior período afastado da atividade laboral para cuidar dos filhos recém-nascidos ou adotados, o que, atualmente, é fixado em cinco dias consecutivos, de acordo com o art. 7º, XIX da Constituição Federal combinado com o art. 10, §1º do ADCT.

Conforme se verá no capítulo três, o trabalho remunerado do homem pode representar uma das parcelas de sua vida que reflete em um afastamento dos cuidados e atenções para com seu filho. A licença-paternidade surge como resposta a demandas que existem até mesmo por parte dos próprios pais. O IBDFAM, que defende tal ideia, veicula rotineiramente notícias contendo precedentes no sentido de conferência da licença-paternidade por período igual àquele conferido às mulheres que, em regra, definido em cento e oitenta dias. Há, ainda, esforços para abarcar os pais adotantes, como forma de corresponder ao dinamismo do direito das famílias.

Por fim, destaca-se a forte influência do IBDFAM para aprovação do Projeto de Lei (PLS 470/2013), o Estatuto das Famílias¹³, que tem por objetivo a reorganização do sistema jurídico que hoje rege o Direito de Família. As novas regras a serem criadas pelo Estatuto asseguram o amparo legal para todos os arranjos familiares em que os membros têm relação de parentesco por consanguinidade, por conjugalidade ou união e por socioafetividade.

Ainda que pontual a pesquisa realizada neste segundo capítulo, tais veículos foram escolhidos por acreditar que se aproximam bastante da sociedade civil e não só dos estudantes e pesquisadores do direito. A página do Superior Tribunal de Justiça foi escolhida pela interessante iniciativa de se utilizar uma rede social de notória popularidade e por ser mantida diariamente atualizada, de modo didático e criativo, expondo os julgados mais recentes do STJ. O IBDFAM foi selecionado por congrega estudiosos de diversos ramos para além do direito, como assistentes sociais e psicólogos. O Instituto é, atualmente, um dos principais polos de criação da doutrina atual do direito de família.

3. Paternidade: Perspectivas e Possibilidades para o Futuro

No estudo denominado “Paternidade, Cuidado e Direitos Reprodutivos”, de Benedito Medrado e outros autores, destaca-se que a diminuição das desigualdades sociais entre mulheres e homens está intimamente ligada a “uma revisão por parte dos próprios homens, das relações de poder e da cultura machista em que fomos engendrados, por exemplo, nos contextos da sexualidade e da saúde reprodutiva.” (OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 1).

Demarcando-se cronologicamente a problematização da paternidade aqui trazida, observa-se que as análises acerca do tema foram iniciadas no final do século XX e que têm ganhado força no século XXI, indicando a necessidade de angariar igualdade de direitos entre mulheres e homens, tanto na esfera pública quanto na

¹³ IBDFAM, 2015c.

esfera privada¹⁴. Assim, em correspondência à ascensão da mulher no mercado de trabalho e nas organizações da sociedade civil, emerge-se a utilidade do consciente masculino na preocupação com a vida sexual, com os direitos reprodutivos e também na participação na vida dos filhos, com a divisão dos cuidados inerentes à criação e educação. (BRUSCHINI; RICOLDI, 2012, p. 260).

Nesse contexto, afloram-se os questionamentos advindos das instituições sociais, do Estado e também dos próprios homens sobre como lidar com a paternidade no cenário atual e sobre quem é o ser paterno e como ele se enxerga na relação com os filhos e com a família. As considerações acerca da pergunta encontram embasamento no estudo denominado *“Y todos querían ser (buenos) padres – Varones de Santiago de Chile en conflicto”* (2004) de autoria do sociólogo chileno José Olavarría, que assim assinala:

Se começa a propor diversos modelos (ativo / responsável / participativo, entre outros) de instituições públicas e privadas que buscam modificar comportamentos considerados não aceitáveis dos homens/pais em relação a seus filhos, seja por seu afastamento físico e/ou emocional; por comportamentos que os violentam – verbal, psicológica e/ou fisicamente; pelo pouco envolvimento com a criança e seu acompanhamento; por suas responsabilidades com a manutenção econômica, especialmente nos casos de separação dos pares e cujos filhos permaneceram vivendo com a mãe; pela crescente proporção de homens que não assumem sua paternidade, especialmente em relação aos filhos de mães adolescentes, para enumerar alguns. (OLAVARRÍA, 2004, p. 13, tradução nossa).

O cenário atual do direito das famílias vem ganhando contornos bastante pluralizados, o que pode possibilitar as mudanças aqui defendidas. As instituições familiares, hoje, incluem a monoparentalidade, a união entre pessoas do mesmo sexo, a adoção, o divórcio, o recasamento, a chefia do lar por mulheres, entre outras situações consideradas novas para esse ramo do direito.

Das vivências experimentadas na paternidade, podem-se destacar duas formas de exteriorização: aquela que incorpora valores do que se entende por modernidade ou até contemporaneidade¹⁵, baseando-se na afetividade, na equidade, na autonomia e na isonomia entre as relações; ou ainda aquela entendida como tradicional, assentada na ordem, na proteção, na autoridade, e que reafirma valores tradicionais de identidade do homem. (OLAVARRÍA, 2004, p. 47).

¹⁴ Ideologia esta que ganhou força com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento da ONU, ocorrida em 1994, no Cairo.

¹⁵ Levando-se em conta que “contemporaneidade pode ser classificada pela complexidade, sendo a diversidade das relações interpessoais um dos marcos destes novos tempos” (STAUDT; WAGNER, 2008, p. 175).

Esta última forma é uma das expressões da paternidade baseada na masculinidade hegemônica que tem por característica a dificuldade de expressão de ternura e afeto pelo homem aliada a sua autocolocação como provedor do sustento e do padrão de vida intrínseco a materialidade familiar. Por trazer para si essas responsabilidades, o ser paterno acaba por secundarizar as relações e momentos de afeto com os filhos.

Assim, a revisão da postura do homem como ser social e das masculinidades deve abarcar a atualização do homem em seu papel na paternidade. Tanto nas situações de pais que convivem juntos, quanto nos casos em que a mãe solteira detém a guarda da criança, a mulher permanece com a maior porção de cuidados gerais para com o filho, ainda que consideremos as recentes mudanças, a mitigação do patriarcado e as exceções do pai-homem que efetivamente se faz presente.

Conforme já debatido no primeiro capítulo, a tarefa proposta em muito parece árdua, uma vez que agride frontalmente valores arraigados e naturalizados nos homens, nas mulheres e até mesmo nas crianças/filhos. O domínio da masculinidade hegemônica é o norteador das relações familiares, fazendo com que os papéis de homem-provedor e mulher-cuidadora se reproduzam nas instituições, como no caso das famílias:

As investigações constataam que tanto a/as masculinidade/s como a/as paternidade/s são construções culturais que se reproduzem socialmente no interior das famílias – de pais até os filhos – na formação religiosa, na escolaridade, mediante políticas públicas, através dos meios de comunicação de massa e, portanto, não se podem definir fora do contexto socioeconômico cultural e histórico em que estão inseridos os homens. (OLAVARRÍA, 2004, p. 15, tradução nossa).

O modelo de pai e de masculinidade prevalente, denominado hegemônico, tem por características, segundo Olavarría, o trabalho remunerado, a necessária constituição de uma família com filhos, a autoridade e a provisão do lar por parte dos homens – atributos estes que os diferem das mulheres.

Tal modelo é impingido aos homens desde os primeiros momentos da vida, submetendo-os ao processo de se tornar homem – “superar certas provas, como iniciar-se no trabalho, formar um lar, ter filhos e sustentá-los” – para, assim, serem aceitos como varões por outros homens que já o são e também pelas mulheres. Os filhos caracterizam o fim deste processo, fazendo com que os homens se sintam “mais homens”, agraciados com a vida plena em sua ordem tida como natural. (OLAVARRÍA, 2004, p. 15/16, tradução nossa).

Olavarría (2004) confere importância às demandas no âmbito da paternidade, por maior contato físico e afetivo com seus filhos, que existem também por parte dos próprios pais. Entre elas, destacam-se casos em que a mãe separada impede o pai de manter o contato e que, em situações extremas, pode se configurar a alienação parental¹⁶.

Outra demanda destacada na figura paterna é a desvalorização social posta a si. Muitos pais se veem impedidos de exercer a paternidade em sua plenitude em razão dos obstáculos intrínsecos às condições de trabalho, como cargas horárias densas e inexistência de benefícios previdenciários:

Muitos homens começam a expressar sua incapacidade para responder ao conjunto de demandas e expectativas que existem em torno da qualidade de pai, especialmente de seus filhos e pares, embora estes/as não indiquem assim expressamente. As exigências de seus ambientes de trabalho, que em muitos casos têm estendido as jornadas diárias e ampliado os dias trabalháveis, incluindo-se os finais de semana, as distâncias que têm que percorrer e o tempo que demoram para chegar e retornar aos seus lares são algumas das limitações que indicam os homens para justificar o fato de não corresponderem às suas próprias expectativas quanto à paternidade. (OLAVARRÍA, 2004, p. 13, tradução nossa).

Noutro lado, a figura feminina alcança novas faces e adjetivos, principalmente advindos das vozes do movimento feminista, que a todo instante questiona a mulher social tida como coadjuvante. O empoderamento feminino tem também seus reflexos na feminilidade e, mais especificamente, na maternidade, tendo como uma das reivindicações a maior participação do pai na vida familiar e afetiva.

Em que pesem tais demandas, o modelo tradicional ainda persiste com a ideia de o ser materno ser aquele incumbido das funções de amar, educar, ensinar e atentar para todas as cautelas inerentes à criação de um filho. Esta prática acaba por naturalizar a mãe como o indivíduo amoroso e responsável pela verdadeira e genuína guarda dos filhos, ao passo que lança maus olhos para aquelas que não o fazem.

O questionamento aqui traçado não se insurge contra o zelo do ser materno. Apenas trás essa função da mãe como um dos frutos da desigualdade de gênero já debatida no primeiro capítulo do trabalho. Ainda, atenta para a necessidade de serem repartidas as responsabilidades na criação dos filhos com o ser paterno.

¹⁶ De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.318/2010, “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

Aquele que unilateralmente se encarrega da criação dos filhos, em regra, terá maior dificuldade de gerir a própria vida e criar vínculos com outros setores da sociedade. Como consequência, será perpetuada a ideia concebida pelo senso comum de que o cuidador-mãe é um ser abnegado e sacrificado em prol de uma causa maior e bonita, que é a outra vida, a vida do filho.

A maternidade, nessa perspectiva, objetifica o ser materno, colocando-o na posição de instrumento a serviço da construção da vida. Naturaliza-se na mãe o fato de dever tomar para si a obrigação de fabricar com perfeição a identidade, a personalidade, os gostos, o caráter, a vida de seu filho. Assim, pode-se afirmar que esta imagem feminina retifica a mulher como cuidadora suprema o que, na fórmula-objeto de Günter Dürig¹⁷, violaria a dignidade da pessoa humana.

Em *O Segundo Sexo*, Simone de Beauvoir exemplifica com clareza essa objetificação ao citar, em nota de rodapé, os escritos de Michel Carrouges para uma revista literária francesa:

O artigo de Michel Carrouges sobre esse tema, no número 292 do *Cahiers du Sud*, é significativo. Escreve com indignação: "Gostaríamos que não houvesse o mito da mulher, mas tão somente uma coorte de cozinheiras, de matronas, de meretrizes, de pedantes com funções de prazer e de utilidade". O que significa que, a seu ver, a mulher não tem existência para-si; ele considera apenas sua *função* dentro do mundo masculino. Sua finalidade encontra-se no homem; então, com efeito, pode-se preferir sua "função" poética a qualquer outra. A questão está, precisamente, em saber por que se deveria defini-la em relação ao homem. (BEAUVOIR, 1970, p. 19).

Ao se considerar que estar livre é uma das aspirações humanas, pode-se apontar que a função designada à mulher de "utilidade", que compreenderia também o cuidado com o lar e com os filhos, é limitadora da sua condição humana, da sua liberdade. Assim, sustenta Beauvoir:

O homem suserano protegerá materialmente a mulher vassala e se encarregará de lhe justificar a existência: com o risco econômico, ela esquivava o risco metafísico de uma liberdade que deve inventar seus fins sem auxílios. Efetivamente, ao lado da pretensão de todo indivíduo de se afirmar como sujeito, que

¹⁷ Para Günter Dürig, "cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda." (DÜRIG, 1956, p. 125).

é uma pretensão ética, há também a tentação de fugir de sua liberdade e de constituir-se em coisa. É um caminho nefasto porque passivo, alienado, perdido, e então esse indivíduo é presa de vontades estranhas, cortado de sua transcendência, frustrado de todo valor. Mas é um caminho fácil: evitam-se com ele a angústia e a tensão da existência autenticamente assumida. O homem que constitui a mulher como um *Outro* encontrará, nela, profundas complicitades. Assim, a mulher não se reivindica como sujeito, porque não possui os meios concretos para tanto, porque sente o laço necessário que a prende ao homem sem reclamar a reciprocidade dele, e porque, muitas vezes, se compraz no seu papel de *Outro*. (BEAUVOIR, 1970, p. 15).

Embora escrito em 1949, o ensaio “O Segundo Sexo” já clarificava a insuficiência das desigualdades enxergadas pela natureza e pela diferenciação anátomo-fisiológica dos corpos. Para Beauvoir, as desigualdades não se explicavam pela biologia, mas sim pelo contexto social. É, portanto, da própria sociedade e da maneira como o conjunto social trata a mulher que devem emergir as mudanças:]

É, portanto, à luz de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico que teremos de esclarecer os dados da biologia. A sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o *Outro*? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana. (BEAUVOIR, 1970, p. 57).

A figura do filho autônomo também não é recebida como ideal. Sofre críticas a forma de criação que se baseia no simples apontamento das escolhas possíveis e de contribuição não protagonista dos pais na vida de crianças e adolescentes. No entanto, a defesa aqui feita indica a necessidade de se instigar a autonomia destes seres, principalmente dos adolescentes, “a partir da lógica baseada na aceção de um sujeito capaz de pôr a própria noção de adolescência na arena das possíveis ressignificações.” (LYRA *et al.*, 2002, p.13):

Trata-se de um espaço no qual a noção de um sujeito de direitos não aparece definida em função da heteronomia, numa perspectiva homogeneizante, mas ao contrário, incorpora a alteridade como valor fundamental (Sawaia, 1994). Sujeitos que podem efetivamente “contribuir para a solução dos problemas sociais, além de simplesmente sofrê-los ou ignorá-los” (ABRAMO, 1977, p. 28), por meio da criação de um *locus* de enunciação juvenil. (LYRA *et al.*, 2002, p. 13).

Deve-se, portanto, controverter a imposição das posturas de autoridade exercidas pelos seres paternos na criação dos filhos, se adotarmos o conceito de “autoridade pessoal” arguido por Hannah Arendt em seu ensaio denominado “Da violência”¹⁸, que é baseado na ideia de respeito sem contestação.

Em nosso ordenamento jurídico, essa concepção de autoridade sempre esteve ligada ao pátrio-poder, cuja concepção foi herdada do direito romano e incorporada em diplomas normativos como o Código Civil de 1916 e o Estatuto da Mulher Casada de 1962. Ao longo da evolução conjuntural, o pátrio-poder foi dando lugar ao poder familiar que tenta estabelecer maior igualdade de gêneros e que, apesar de ainda conter resquícios do patriarcado, possibilita as discussões recentes no direito de família, como a questão teórica sobre a paternidade aqui proposta.

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao texto constitucional a dita igualdade entre os gêneros, a isonomia entre os filhos, a paternidade responsável¹⁹ e o ideal de socioafetividade, cujos reflexos se deram no Código Civil de 2002, na Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), na Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014), entre outras.

Como também já se viu, a paternidade vai além dos vínculos sanguíneos. A socioafetividade e a paternidade socioafetiva vêm ganhando contornos fortes nos últimos cinco anos, principalmente com a atuação do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que a prevalência desta paternidade em detrimento da paternidade biológica²⁰.

A figura da mãe, como ser amoroso e cuidadoso, contraposta à do pai, que é o ser provedor do sustento material, não é, pois, algo natural. Essa construção social em muito dificulta o estreitamento das desigualdades sociais, pois, repita-se, subjugou o ser materno na condição de mãe e restringe o seu espaço em outras instituições sociais.

¹⁸ Neste ensaio, a filósofa Hannah Arendt aduz que a autoridade é um fenômeno indefinido e pode ser analisada como “o reconhecimento sem discussões por aqueles que são solicitados a obedecer”. Para ela, no exercício da autoridade, “nem a coerção nem a persuasão são necessárias. Um pai pode perder a sua autoridade seja por bater em seu filho seja por discutir com ele, isto é, seja por se comportar como um tirano ou tratá-lo como igual” (ARENDR, 1970, p. 12).

¹⁹ Vide art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988.

²⁰ Vide ARE 692186/PB STF, com repercussão geral reconhecida, ainda sem decisão final.

As “agências de socialização” postas significam um atravancamento da evolução à forma como os pais se relacionam com seus filhos. O conjunto social, em muitos setores, pode não ser o mais favorável quando primam por reafirmar padrões de comportamento do “dever ser do pai”. Por esses motivos, Olavarría incita que, acompanhando as mudanças inerentes à paternidade, deve estar a mudança da sociedade como um todo, para conferir aos pais os recursos sociais necessários à boa desenvoltura da paternidade.

Nesse contexto, podemos relembrar as recentes discussões acerca da licença-paternidade discutida no segundo capítulo deste trabalho:

Ao lermos a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, 2005), por exemplo, encontramos a forte disparidade em relação às licenças-maternidade e paternidade, com 120 e 5 dias de licença concedidos, respectivamente. Vale lembrar que até 1988, esse direito não era dado aos homens. A guarda dos filhos em processos de separação conjugal também ajuda a ilustrar esse fenômeno. Ainda que venham acontecendo alguns avanços, como as guardas alternadas e compartilhadas, sabe-se que a primazia materna no cuidado e proteção dos filhos é ainda uma realidade. A retirada da guarda materna acaba se dando, na prática, por alguma incapacidade ou impossibilidade da mãe. A mulher está amparada pela lei e respaldada pelo senso comum de que a ela compete a tarefa de educação na família (WAGNER, 2002). Vale considerar que os aspectos legais também contribuem para a manutenção de um modelo mais tradicional de parentalidade, pois se encontram ainda fortemente atrelados às dicotomias diante dos gêneros masculino e feminino. (STAUDT; WAGNER, 2008, p. 180).

Assim, as perspectivas para o futuro inerentes ao direito das famílias caminham para a revisão do conceito de paternidade pelo próprio ser paterno para que, em conjunto com o outro par, assumam responsabilidades para além do sustento material ou do sentimento de autoridade. É importante estar atento ao aspecto sentimental e psicológico dos filhos, à interação com a escola e tarefas educacionais, à interação com os amigos da criança ou adolescente, à preocupação com alimentação, lazer, entre muitos outros papéis naturalizados na figura da mãe e que variam de família para família e de criança para criança.

No estudo citado no início deste capítulo, os autores apontam que para a transformação da paternidade não são necessários apenas o envolvimento dos homens nas atividades domésticas e as políticas afirmativas para a participação na saúde sexual e reprodutiva. Além dessas medidas, marcou-se a premência de efetivação de “uma agenda de pesquisa, reflexão e, sobretudo, de coordenação política vinculada a um pensamento teórico e conceitual sobre gênero, em

associação com grandes questões econômicas.” (OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 3). Ainda, combinada com “revisão das práticas culturais e ideológicas, institucionais e individuais, de homens e de mulheres.” (OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 3).

Conclui-se, nas palavras de José Olavarría, que a conjuntura cultural e econômica, notadamente do último quarto do século vivenciado, insere os questionamentos acerca das masculinidades e da paternidade, expondo as “demandas por mudanças que façam mais humanas, íntimas, fraternas, colaborativas, igualitárias, tolerantes e democráticas as relações entre homens e mulheres e entre homens-pais e filhos.” (OLAVARRÍA, 2004, p. 18).

4. Considerações Finais

Retomando a ideia apresentada no primeiro capítulo, pode-se inicialmente concluir que, em que pese os conceitos debatidos ao longo deste trabalho, não é seguro definir em pensamentos fechados as teorias de gênero, as masculinidades e feminilidades. Ao contrário, dentro destas teorias podemos compreender um amplo espectro conceitual e que legitima expressões diversas dos seres humanos. Em última análise, pode-se afirmar que as feminilidades e masculinidades têm por essência a inclusão e não a definição.

O sistema sexo/gênero tem por característica a sua demarcação no tempo e no espaço e, muito em razão desta qualidade, não apresenta conceitos fechados, mas sim fluidos, a depender do espaço histórico, ambiental, socioeconômico analisado. Para algumas autoras feministas, não é sequer verdadeira a conexão que se faz ao estabelecer que o gênero exteriorizado por um ser humano decorre do sexo, do órgão genital de nascimento. Afirmam que o sexo é fixado em decorrência do gênero.

As teorias de gênero se prestam a explicar as desigualdades postas socialmente. Chega-se à conclusão de que não só há um desprestígio das feminilidades ante as masculinidades, como também uma preferência pelo modelo hegemônico de masculinidade em detrimento de outras expressões de masculinidades.

Esses apontamentos conclusivos, embora não nos permitam fechar entendimentos – e nem há esse objetivo quando se está estudando as teorias de gênero –, são de grande valia para desmistificar a naturalização dos corpos e avançar com a percepção de que não há uma essência nas manifestações intrínsecas ao âmbito privado dos indivíduos, mas sim uma construção histórica e social do ser humano. E são essas indicações relevantes para desconstrução de preconceitos imiscuídos nas questões de gênero.

A idealização do homem e da mulher, concebida de forma binária, dividida e em contraposição, tem, pois, razões históricas que, segundo Simone de Beauvoir, antecedem as histórias de outras minorias. Ainda assim, não deixa de ser socialmente fabricada a ideia de que o corpo da mulher é imperfeito e subjugado, que assegura a dinâmica social na qual o homem, por ser mais forte, sairá em busca dos suprimentos materiais, ficando a cargo de sua parceira, colaboradora e coadjuvante, os cuidados para com o lar.

Este cenário, no entanto, não mais se sustenta. Em razão dos movimentos históricos, o mercado de trabalho foi se abrindo à mulher, ainda que carregado de rejeições. No entanto, os encargos referentes ao lar não foram, de forma geral, repartidos com o homem. Naturalizou-se em muitas expressões da feminilidade o zelo com o lar e com a família.

O exercício da paternidade, inserido neste contexto, fica prejudicado. Por internalizarem muitos dogmas da masculinidade hegemônica, muitos homens-pais secundarizam as relações de afeto, de atenção diária, de participação na vida sentimental e escolar para priorizar o trabalho e outras questões particulares.

Participando da tentativa de buscar novos moldes para a paternidade, no sentido de torná-la mais responsável, o Direito pode ser entendido como uma das fontes de mitigação dos preconceitos que põe feminilidades e masculinidades subordinadas à masculinidade hegemônica. O caráter contra majoritário do Estado Democrático de Direito deve atentar para que a prevalência do interesse público sobre o privado não seja utilizado como fundamento para supressão de direitos individuais tão relevantes, que podem coexistir com outros direitos e garantias.

A mudança que também é do homem enquanto pai e parte da estrutura familiar, mas é principalmente da sociedade. Esses foram os principais direcionamentos encontrados em estudos sobre paternidade, numa perspectiva sociológica. Certo é que a maior necessidade aponta por forças conjuntas da sociedade, do homem e da mulher em reconhecer direitos e reconhecer que a participação nos cuidados com a criança e o adolescente devem ser repartidos.

Referências

ALMEIDA, Marlise Míriam de Matos. Dimensões da Masculinidade no Brasil. *Revista Gênero*, vol. 1, nº 1, Niterói, 2000.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. 4ª ed., Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha; RICOLDI, Arlene Martinez. Revendo Estereótipos: o papel dos homens no trabalho doméstico. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, jan.-abr., 2012.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COUTO, Maria Aparecida Souza. Masculinidades e Feminilidades: A construção de si no contexto escolar. *Revista Aurora*, ano V, nº 7, 2011.

CYPRIANO, Breno. Diálogos entre o Feminismo no masculino e a Teoria Política. In: SEMINÁRIO FAZENDO GÊNERO 8 – CORPO, VIOLÊNCIA E PODER, Florianópolis, 25 a 28 de agosto de 2008.

FIALHO, Fabrício Mendes. Uma Crítica ao Conceito de Masculinidade Hegemônica. In: Anais do VII SEMINÁRIO FAZENDO GÊNERO, UFMG, 2006.

HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Objetiva, 2001.

IBDFAM. *Núcleo de Reconhecimento Voluntário de Paternidade é criado no Espírito Santo*. 2015. <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5605/Núcleo+de+Reconhecimento+Voluntário+de+Paternidade+é+criado+no+Espírito+Santo>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. *Especialista comenta iniciativas de ampliação da licença paternidade*. 2015b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5460/Especialista+comenta+iniciativas+de+ampliação+da+licença+paternidade>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. *Artigo: Estatuto das Famílias e da cidadania*. 2015c. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5518/Artigo%3A+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+e+da+cidadania>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MEDRADO, Benedito; LYRA, Jorge. Por uma Matriz Feminista de Gênero para os Estudos sobre Homens e Masculinidades. In: *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, setembro-dezembro, 2008.

OLAVARRÍA, José A. *Y todos querían ser (buenos) padres – Varones de Santiago de Chile em conflicto*. FLACSO-Chile, 2001.

OLIVEIRA, Ana Roberta. *et al. Paternidade, Cuidado e Direito Reprodutivo: desafios à implementação de políticas públicas plurissetoriais gênero-equitativas. In: IV JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – NEOLIBERALISMO E LUTAS SOCIAIS: PERSPECTIVAS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS, São Luís/MA. Anais – IV JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2009, vol. 1. p. 1-8.*

SENKEVICS, Adriano Souza; POLIDORO, Juliano Zequini. Corpo, gênero e ciência: na interface entre biologia e sociedade. *Revista da Biologia*, vol. 9, nº 1, p. 16-21, 2012.

STJ *Terceira Turma autoriza desconstituição de paternidade mesmo após cinco anos de convívio*. 2015a. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Terceira-Turma-autoriza-desconstitui%C3%A7%C3%A3o-de-paternidade-mesmo-ap%C3%B3s-cinco-anos-de-conv%C3%ADvio>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. *Quarta Turma nega pedido de pai adotivo para mudar registro do filho após separação*. 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Quarta-Turma-nega-pedido-de-pai-adotivo-para-mudar-registro-do-filho-ap%C3%B3s-separa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 mar. 2015.

_____. *Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça*. 2015c. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/out/in/ouvidoria/>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

STJNOTÍCIAS. *Série Guarda de filhos: responsabilidade compartilhada – Matéria 5 – Alienação Parental*. 2015a. Disponível em: <<https://soundcloud.com/stjnoticias/serie-guarda-de-filhos-responsabilidade-compartilhada-materia-5-alienacao-parental>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. *Decisões históricas: O dever dos pais de cuidar dos filhos*. 2015b. Disponível em: <<https://soundcloud.com/stjnoticias/decisao-historica-o-dever-de-cuidar-dos-pais>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SCOTT, Joan Wallach. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995

STAUDT, Ana Cristina Pontello; WAGNER, Adriana. Paternidade em Tempos de Mudança. *In: Revista Psicologia: Teoria e Prática*, 10(1), 2008.

CONNELL, Robert William; CONNELL, Raewyn. *Masculinities*. Univ of California Press, 2005.

O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: Alguns Tópicos

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Delimitação Objetiva do Tema. 2. A Adaptação Processual do Ministério Público à Constituição. 3. O Novo CPC e a Apatia do Ministério Público no Processo Legislativo: Ausência de Avanços Fundamentais. 4. As Normas Fundamentais. 5. Prazos Processuais e Intimações. 6. Intervenção como Fiscal da Ordem Jurídica (*custos legis*). 7. Ministério Público e a Necessidade de Curador Especial. 8. Ministério Público como Legitimado Ativo. 9. Suspeição e Impedimento. 10. A Responsabilidade do Ministério Público. 11. A Atuação do Ministério Público e o Escalonamento da Carreira: o Mal-estar no Princípio da Unidade. 12. Encerramento. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente texto tem como objetivo apontar algumas inovações relevantes do novo Código de Processo Civil que se referem especificamente ao Ministério Público. A edição de um novo CPC é relevante por si só, mas também constitui uma especial e importante oportunidade para pensarmos criticamente o Ministério Público.

Palavras-chave

Ministério Público. Novo Código de Processo Civil. Fiscal da ordem jurídica. Legitimado ativo. Crítica ao princípio da unidade.

1. Delimitação Objetiva do Tema

Em texto escrito em coautoria¹ pouco antes da aprovação do novo CPC, apontávamos que o Ministério Público, mesmo após a Constituição de 1988, ainda não é percebido como um personagem multifacetado no processo civil, com toda uma nova dimensão jurídica advinda de diversos textos normativos e da própria prática institucional. Anotávamos também que há certo silêncio da doutrina, que,

* Promotor de Justiça (MPRJ). Pós-doutorado (UFBA), Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual.

¹ DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de Processo*, nº 237. São Paulo: RT, novembro de 2014, p. 45-87.

em linhas gerais, persiste na análise do Ministério Público apenas na tradicional função de *custos legis* ou, na linguagem do novo CPC, fiscal da ordem jurídica², salvo quando se abordam questões envolvendo a legitimidade para ações coletivas. Se houve evidente modificação do Ministério Público³, com necessárias repercussões

² ESTELLITA, Guilherme. *O Ministério Público e o Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. CAMPOS, Benedito de. *O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976. LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como Custos Legis*. São Paulo: Método, 2007. MOREIRA, Jairo Cruz. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³ Para a formação histórica geral do Ministério Público e/ou para notícias de direito comparado, vale conferir os seguintes estudos, que também trazem outras referências bibliográficas sobre o tema: GARCIA, Emerson. *Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor natural, atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. DIAS, Mario. *Ministério Público Brasileiro* (dois volumes). 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público – Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. NERY, Rosa Maria de Andrade. Notas sobre a justiça e o Ministério Público no direito da Alemanha ocidental. *Revista de Processo*, nº 47. São Paulo: RT, julho/setembro de 1987. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no processo civil. *Ministério Público – instituição e processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (Coord.). São Paulo: Atlas, 1997. PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. *Ministério Público – instituição e processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (Coord.). São Paulo: Atlas, 1997. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. *Ministério Público e Afirmação da Cidadania*. São Paulo: s/ed., 1997. COSTA, Eduardo Maia. Ministério Público em Portugal. *Ministério Público II – democracia*. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Coord.). São Paulo: Atlas, 1999. SALLES, Carlos Alberto de. *A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. Dissertação de mestrado. USP. 1992. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. *Ministério Público II – democracia*. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Coord.). São Paulo: Atlas, 1999. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995. PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. ALVES, RUFINO e SILVA (Org.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. FARIA, ALVES e ROSENVALD (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público Resolutivo: um novo perfil institucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representação e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2009. ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas. *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. SABELLA, POZZO e BURLI FILHO (Coord.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Convém mencionar interessante livro que oferece um panorama comparado: DIAS e AZEVEDO (Coord.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. Para uma visão crítica e interdisciplinar: ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. SILVA, Cátia Aida Pereira da. *Justiça em Jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Edusp, 2001. KERCHER, Fábio. *Virtude e Limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

processuais, a manutenção de uma interpretação “retrospectiva” é incompatível com uma realidade que, se não é exatamente nova, exige um tratamento condizente com tais transformações. Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da Instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a “revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”⁴. Entretanto, não basta concentrar tintas na legitimidade do Ministério Público para os processos coletivos, se outras dimensões continuam negligenciadas pela doutrina e jurisprudência.

A edição de um novo Código de Processo Civil, portanto, pode significar especial oportunidade para que se lance um olhar renovado sobre as dimensões e posições do Ministério Público, ainda que, a rigor, poucas modificações estruturais tenham ocorrido com a nova legislação⁵, o que pode ser explicado tanto por essa discreta importância doutrinária antes referida, como também pela anêmica participação da instituição no decorrer do processo legislativo.

O propósito deste breve texto consiste em descrever diversos tópicos que parecem relevantes, em uma primeira leitura do novo Código, tendo como referência a atuação do Ministério Público, sem, contudo, haver qualquer objetivo de esgotar os temas, tanto em relação à amplitude quanto à profundidade. A proposta é basicamente elaborar uma espécie de sumário para a realização de uma leitura da atuação do Ministério Público no novo CPC.

2. A Adaptação Processual do Ministério Público à Constituição

O novo CPC possui diversos dispositivos cuja finalidade é unicamente pedagógica: reproduzir normas constitucionais a fim de que, paradoxalmente, a consagração infraconstitucional sirva à efetividade da Constituição. Basta ter em conta a preocupação legislativa em explicar como se devem concretizar o princípio do contraditório e o devido processo legal, como nos artigos 9º; 10; 321; 373, §1º, parte final; 489, §1º, entre outros, para se constatar essa opção pela reprodução ou detalhamento de normas constitucionais. Por ser o primeiro Código debatido e editado em regime democrático, é natural essa opção pela expressa e didática constitucionalização das disposições processuais, sobretudo quando se revela cada vez mais necessária a afirmação insistente e reiterada, aproximando-se do truísmo, de normas constitucionais em um ambiente em que há um déficit de concretização de tais comandos.

Esse objetivo legislativo de adaptação do processo civil à Constituição evidentemente abrange também o Ministério Público em sua disciplina específica nos artigos 176 e 177 do novo Código.

⁴ Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

⁵ Refiro-me à ausência de mudanças profundas diretamente relacionadas à disciplina específica do Ministério Público, já que o novo Código de Processo Civil, se analisado o conjunto de normas, apresenta indiscutíveis modificações estruturais e paradigmáticas.

E aqui está a unidade hermenêutica que didaticamente o novo CPC impõe para a análise de qualquer tema relacionado ao Ministério Público no processo civil: sua atuação somente se justifica a partir do que está estabelecido no art. 127 da Constituição da República.

Toda análise da atuação e da participação do Ministério Público no processo civil, seja como agente, seja como interveniente, necessariamente deverá partir dessa ideia básica de ser constitucionalmente autorizada.

Essa obviedade é necessária e deve ser repetida à exaustão, sob pena de o hábito atávico – que enseja a inércia da reflexão e a repetição automática de comportamentos – obnubilar qualquer avanço institucional, permanecendo o Ministério Público em sua “relativa quietude” no processo civil, afastando-se inexoravelmente dos balizamentos constitucionais.

Isso significa que mesmo algumas funções tradicionais do Ministério Público, que há décadas são exercidas irrefletidamente, devem ser revistas sob essa perspectiva, não cabendo mais a mera repetição de atuações burocráticas que são normalmente atribuídas a uma tradição inventada e se perpetuam como se fossem situações ontológicas. Um exemplo: a intervenção do Ministério Público em atos de disposição de última vontade. É difícil encontrar um exemplo mais afastado do perfil constitucional do Ministério Público do que sua atuação em razão de um ato de vontade individual, patrimonial e disponível. Nada justifica a atuação do Ministério Público nessas situações, mas o fetiche legal e a obediência cega a hábitos arraigados fazem com que existam Promotorias especializadas em se manifestar no cumprimento de testamentos, sem que haja qualquer outra justificativa para essa atuação. Com o novo Código, fica evidente o que já era patente desde a promulgação da Constituição, mas que não era sequer cogitado – e não será surpreendente se houver resistências a essa “modificação” – por não haver intermediação legislativa.

Essa adaptação processual do Ministério Público à Constituição, portanto, é ao mesmo tempo óbvia e necessária, consistindo em traçar o parâmetro fundamental de atuação: o artigo 127 da Constituição e seu espelho processual, o artigo 176 do novo Código.

3. O Novo CPC e a Apatia do Ministério Público no Processo Legislativo: Ausência de Avanços Fundamentais

Basicamente, o que foi exposto no item anterior constitui o único avanço legislativo em relação ao Ministério Público, o que é muito pouco se considerarmos que um novo Código é sempre um momento para correções de rumos, aperfeiçoamentos e progressos. No caso do Ministério Público, o único avanço, portanto, foi a reprodução de normas constitucionais.

Ao mesmo tempo, não se pode considerar que tenha havido contundentes retrocessos, mas, em um Código em que todos obtiveram importantes conquistas, permanecer na mesma situação pode ser percebido como prejuízo.

Entre os motivos que podem ser creditados para esse fato certamente está o processo legislativo, sob dois pontos de vista: 1) o primeiro decorre das virtudes do Ministério Público, fazendo com que sua atuação efetiva, sobretudo em ações coletivas e na seara criminal, provoque uma reação contrária de grupos de poder que reflita em um ambiente legislativo que lhe é hostil ou pouco receptivo; 2) o segundo advém de seus defeitos e pode ser subdividido em dois subitens: 2.1) não se pode ignorar que algumas distorções funcionais casuísticas justifiquem, no plano político, a reação dos grupos de poder; 2.2) a desconcertante apatia do Ministério Público na participação do processo legislativo, salvo em questões envolvendo conquistas funcionais corporativas, não raro decorrente de uma postura autossuficiente de não buscar o diálogo com os atores políticos por se considerar uma entidade pura e superior, incompatível com o varejo político, quando é notório que as imensas conquistas institucionais se deram exatamente em razão de uma efetiva, articulada e contundente participação política. Felizmente, parece que começa haver um retorno a essas raízes do diálogo político, com maior participação em processos legislativos, mas o fato é que, em relação ao anteprojeto e especialmente ao projeto que deu origem ao novo Código, a participação do Ministério Público foi próxima de irrelevante, fragmentada, inconstante e, em muitos momentos, desinteressada. Não é que o Ministério Público não foi ouvido; ele não se fez ouvir. E isso, evidentemente, reflete-se no texto aprovado.

Após esses itens introdutórios, os seguintes cuidarão do exame de alguns tópicos relevantes para a atuação do Ministério Público no novo Código de Processo Civil.

4. As Normas Fundamentais

O novo CPC conta com uma Parte Geral que é inaugurada com a previsão de “normas fundamentais”, que apresentam desde o início seu compromisso com a finalidade pedagógica da constitucionalização antes referida. Cabe ao Ministério Público a estrita observância das normas fundamentais do CPC em duas frentes, isto é, em sua própria atuação e também zelando para que sejam obedecidas pelos demais integrantes do processo.

O novo CPC estabelece a boa-fé objetiva e a cooperação⁶ também para a atuação do Ministério Público, o que significa que se lhe exigem deveres de conduta, como lealdade e esclarecimento (e a fase de saneamento é concebida definitivamente para que todos os sujeitos dela participem ativamente, incluindo o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica). Mas antes de se preocupar com o aspecto externo da boa-fé objetiva e da cooperação, deve o Ministério Público se ocupar dessas questões e de seus desdobramentos no âmbito interno, a fim

⁶ Sobre a boa-fé objetiva e a cooperação, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 104-113 e 120-132. THEODORO Júnior, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69-92 e 183-240.

de superar o que neste texto será designado como o “mal-estar no princípio da unidade” e ao qual se dedicará item próprio.

O efetivo contraditório previsto nos artigos 9º e 10 do novo CPC afeta o Ministério Público não apenas passivamente, mas também como causa ativa para sua atuação a fim de que seja estritamente observado. Nesse particular, aliás, há um caso concreto ocorrido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recentemente e ilustra a um só tempo a aplicação patológica do contraditório e também a necessidade de pensarmos criticamente o princípio da unidade: liminarmente, com base nas alegações da parte e com erros fáticos impressionantes, um Desembargador concedeu liminar suspendendo os efeitos de uma ação ajuizada pelo Ministério Público, que havia obtido a tutela antecipada em primeiro grau; diante disso e especialmente em razão do equívoco fático, o Promotor de Justiça procurou o julgador para demonstrar documentalmete o erro; chegando ao gabinete, o desembargador estava reunido com os advogados da outra parte e disse que era para o Promotor de Justiça “despachar” ali mesmo, diante de todos, porque não pode haver “segredos” e há que se prestigiar o contraditório. Seria correta a postura do Desembargador, se não fosse o detalhe de que simplesmente o Ministério Público não foi avisado de que haveria uma reunião com os advogados da outra parte. Ou seja: o contraditório, no caso, era capenga e só valeria se fosse para atender o Ministério Público. Eis um exemplo do uso de um princípio para, contraditoriamente, negá-lo. Por essa e outras razões, é fundamental que o Ministério Público melhor se articule para uma efetiva atuação perante e junto aos Tribunais. De nada adianta o incremento da legitimidade ativa e, depois, há uma atuação desarticulada e desinteressada nas fases recursais.

Ainda nas normas fundamentais, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos mereceram especial atenção no novo CPC e o artigo 3º dispõe que devem ser estimulados pelo Ministério Público, que, para tanto, deverá se capacitar. Nesse ponto, cabe registrar a repercussão da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), que, em seu artigo 3º, §2º, dispõe que “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Ainda que se considere esse dispositivo integrante de lei especial e posterior ao novo CPC, não se pode extrair que o Ministério Público atuará em todas as mediações em que haja direitos indisponíveis⁷,

⁷ A indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Espaço Jurídico, vol. 11, p. 334-373, jul.-dez. de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

mas transigíveis, caso se entenda que essas duas características estejam presentes nos casos de consenso envolvendo matéria de família e a Fazenda Pública, por exemplo. Essa conclusão deriva do fato de que, como já afirmado, a atuação do Ministério Público decorre do artigo 127 da Constituição, cuja compreensão, nesse particular, está cristalizada nos artigos 178, parágrafo único, e 698 do novo CPC, o que significa que somente se houver incapazes⁸ será obrigatória sua intervenção.

5. Prazos Processuais e Intimações

O novo CPC traz importantes inovações quanto aos prazos processuais, a começar pelo artigo 219, que estabelece sua contagem em apenas dias úteis. No artigo 220 também há inovação, ao se prever a suspensão dos prazos entre os dias 20 de dezembro a 20 de janeiro, deixando claro seu §1º que não se trata de recesso ou férias forenses, mas, sim, de causa suspensiva de prazos que afetem a advocacia privada. Por essa razão, cotejando-se o *caput* do artigo 220 com seus §§ 1º e 2º, é possível a designação de audiências e sessões de julgamento quando não houver advogado privado no processo, já que as atividades dos juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública deverão ser exercidas integral e normalmente, sem qualquer paralisação. Os destinatários dessa suspensão dos prazos são inequivocamente – e tão somente – os advogados privados. Entender essa regra como sendo período de recesso forense será uma interpretação contrária ao texto legal que atenderá a anseios corporativos, mas prestará um desserviço para a prestação jurisdicional, sem contar a frontal violação, para dizer o mínimo, ao previsto no artigo 93, XII, da Constituição da República.

Especificamente afetando a disciplina do Ministério Público, há fixação de prazo de trinta dias para suas manifestações como fiscal da ordem jurídica (artigo 178). Quando não houver fixação de prazo específico, todas as suas manifestações terão prazo em dobro, a partir de sua intimação pessoal, contado em dias úteis (artigo 180 combinado com o citado artigo 219). Quando houver prazo específico, como os trinta dias do artigo 178 ou os dez dias do artigo 12 da Lei do Mandado de Segurança, não haverá a contagem em dobro, conforme expressa previsão do artigo 180, §2º.

Novidade relevante está no artigo 180, §1º do novo CPC, fixando prazo próprio⁹ para a atuação do Ministério Público: findo o prazo para manifestação do

⁸ Registre-se que o artigo 114 da Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou os artigos do Código Civil que tratam das incapacidades.

⁹ Mesmo diante do mencionado artigo 12, o STJ considerou se tratar de prazo impróprio, razão pela qual não será surpresa se interpretar o artigo 180, §1º, do novo CPC da mesma forma, criando, assim, o prazo imprópriamente próprio: “Em mandado de segurança, o prazo para a manifestação do Ministério Público como *custos legis* (art. 12 da Lei nº 12.016/2009) não tem a mesma natureza dos prazos das partes, denominados próprios, cujo descumprimento acarreta a preclusão (art. 183 do CPC). Trata-se de prazo que, embora improrrogável, é impróprio, semelhante aos do juiz e seus auxiliares, a significar que a extemporaneidade da apresentação do parecer não o invalida, nem inibe o julgamento da demanda” (RMS 32.880/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 26/09/2011). Nesse sentido, Fernando Gajardoni entende que “a regra do artigo 180, §1º, do CPC/2015 é aplicada,

Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo, sendo que o membro do Ministério Público deve restituir os autos no prazo do ato a ser praticado, prevendo-se multa pessoal para o caso de retardamento injustificado, sem prejuízo de responsabilidade disciplinar (artigo 234, *caput* e parágrafos, do novo CPC).

Em conhecida conceituação, prazos impróprios são os que não geram preclusões e se referem ao cumprimento de um dever e, ainda, quando vinculados a interesses da própria parte que não importem em atrasos no processo. Tradicionalmente, os prazos dos juízes, por significarem cumprimento de dever, são considerados impróprios, assim também com o Ministério Público, ou seja, não ensejam preclusão¹⁰. O disposto no artigo 180, §1º, contraria esse entendimento, já que fixa prazo próprio para cumprimento de um dever. Trata-se de dispositivo que vai ao encontro, portanto, de linha doutrinária que defende a necessidade de revisão desse entendimento de que não haveria preclusão temporal para o juiz, não podendo haver prazos anódinos¹¹.

Diante da nova sistemática legal, é necessário buscar uma harmonização do sistema e não rechaçar uma questão de política legislativa sob o argumento de que não se adequaria a uma sistemática “antiga”. Como a tarefa interpretativa não pode ser confundida com imposição de preferências pessoais, ainda que se discorde da opção legislativa, é imperiosa sua recepção, não cabendo uma acomodação hermenêutica que inviabilize por completo a aplicação da norma. Ainda que se discorde no âmbito da política legislativa, o dado normativo não pode ser ignorado e, sem tergiversações, temos agora um sistema em que se optou por essa regra processual, inexistindo qualquer inconstitucionalidade nessa escolha. Estamos em uma seara de política legislativa, não havendo que se falar aqui em conceitos jurídicos fundamentais, como se estivéssemos diante de problemas ontológicos. A controvérsia, na realidade, deve ser resolvida a partir dos conceitos jurídico-

exclusivamente, nos casos em que o MP atua como fiscal da ordem jurídica. Findo o prazo assinado para manifestação do MP sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo, independentemente da manifestação. Trata-se daquilo que temos convencionalmente chamar de *prazo impróprio anômalo*, pois, embora eventual manifestação fora do prazo não deixe de ser considerada pelo julgador e nem impeça que o MP volte a atuar em outras fases do processo (não há preclusão), o não cumprimento do prazo pode implicar a tomada de decisões independentemente da manifestação do MP, com a apreensão dos autos” (*Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. Gajardoni; Dellore; Roque; Oliveira Jr. (coautores). São Paulo: Método, 2015, p. 584). Essa realidade já é percebida nos processos eletrônicos: após um período em que ocorreu a intimação tácita, os autos são retirados da vista eletrônica e recebem andamento. Parece claro se tratar de preclusão para o ato processual específico.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 552-554. FERRAZ, Cristina. *Prazos no Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 123. Por isso que se diz que inexistente preclusão temporal para o juiz: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o Juiz: preclusão *pro judicato* e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 41/42. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 106. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110/112. ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 429.

positivos¹². Se foi essa a opção legislativa, não pode haver uma rebelião prática apenas por questão de preferência pessoal.

A opção do novo CPC por fixar preclusão temporal evidentemente pode afetar a atuação do Ministério Público e, assim, a tutela dos interesses arrolados nos artigos 176 e 178. Como não se trata de mera formalidade desprovida de significado relevante, a atuação do Ministério Público constitui também um dever, de modo que o silêncio, ao mesmo tempo que não desnatura a preclusão, já que se deve exigir uma atuação responsável, não pode ser entendido como não intervenção, de modo que, nesse contexto, o juiz deve prosseguir com o andamento dos autos, mas, ao mesmo tempo, oficiar ao Procurador-Geral para que, internamente, seja resolvida a questão, compatibilizando-se as questões envolvidas.

Em relação às intimações, devem ser registrados dois dispositivos do novo CPC: no artigo 272, § 6o, consta que a retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação; já no artigo 1003, § 1º, temos que a previsão no sentido de que o prazo para interposição de recurso conta-se da data em o Ministério Público é intimado da decisão, considerando-se realizada a intimação em audiência quando nesta for proferida a decisão¹³.

¹² “O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Acrescentando que são conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento. [...] Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço. Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido” DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 39-40.

¹³ Modifica-se, assim, o entendimento jurisprudencial corrente: “Processual civil. Ministério Público. Intimação do acórdão proferido em segundo grau. Ausência. Nulidade. Presença na sessão de julgamento. Irrelevância. Prerrogativa. Intimação pessoal. 1. O Ministério Público, ao ser chamado a manifestar-se, e o fazendo tanto através de parecer quanto na sessão de julgamento, passa a integrar a relação processual como *custos legis*. Sua intimação deve ser sempre pessoal com a vista dos autos, principalmente por se tratar de prerrogativa inerente ao cargo. Precedentes. 2. A presença do membro do Ministério Público na sessão de julgamento não afasta a necessidade de sua intimação pessoal do acórdão. Precedentes. 3. As demais teses inseridas no agravo regimental – extensão do recurso do Ministério Público abrangendo apenas a nulidade; falta de interesse e legitimidade para recorrer; manifestações incompatíveis com a pretensão recursal – não podem ser analisadas, pois não fizeram parte das contrarrazões ao recurso especial e não foram objeto de debate na instância ordinária. 4. Agravo regimental não provido” (AgRg nos EDcl no AREsp 265.096/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 19/08/2013). “*Habeas corpus*. Processual penal. Crime de desrespeito a superior. Artigo 160 do CPM. Defensoria Pública. Presença de defensor na audiência de leitura da sentença. Intimação do órgão defensivo mediante remessa dos autos. Inocorrência. Recurso de apelação julgado intempestivo. Inobservância das prerrogativas da defensoria pública. 1. À Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, compete promover a assistência jurídica judicial e extrajudicial aos necessitados (art. 134 da Constituição Federal), sendo-lhe asseguradas determinadas prerrogativas para o efetivo exercício de sua missão constitucional. 2. Constitui prerrogativa a intimação pessoal da Defensoria Pública para todos os atos do processo, estabelecida pelo art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal; art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950; e art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994, sob pena de nulidade processual. 3. A intimação da Defensoria Pública, a despeito da presença do defensor na audiência de leitura da sentença condenatória, se perfaz com a intimação pessoal mediante remessa dos autos. 4. Ordem concedida” (HC 125270, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 3/06/2015, Processo Eletrônico Dje-151 – p. 03-08-2015).

Prevê-se, ainda, que as intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei, aplicando-se ao Ministério Público a obrigação de manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (artigo 270, parágrafo único, do novo CPC), sem que isso desnature a finalidade da intimação pessoal com entrega dos autos, que, por meio eletrônico, significa a disponibilização do conteúdo na íntegra para o órgão com atribuição (artigo 183, §1º, do novo CPC).

6. Intervenção como Fiscal da Ordem Jurídica (*custos legis*)

O novo CPC traz importantes modificações na atividade interventiva do Ministério Público no processo civil, a começar pela denominação “fiscal da ordem jurídica”. Basicamente, são as seguintes as inovações mais relevantes: 1) reprodução do artigo 127 da Constituição, tornando claramente didática a definição da regra-matriz que inspira a atuação do Ministério Público; 2) não repetição das referências às ações de estado, às disposições de última vontade e à ausência; 3) intervenção em ações de família somente quando presentes incapazes; 4) expressa referência às hipóteses de intervenção do art. 178, quando se tratar também de jurisdição voluntária; 5) fixação de prazos próprios e modificação na forma de fixação e contagem de prazos; 6) previsão de responsabilidade por ilícito processual; 7) expressas disposições sobre a possibilidade de suscitar incompetência relativa e requerer descon sideração da personalidade jurídica; 8) clara definição do papel do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, sem qualquer similitude com a figura de curador especial; 9) necessidade de intervenção em caso de litígio coletivo pela posse rural ou urbana; 10) intervenção obrigatória em casos de incidente de resolução de demandas repetitivas; 11) procedimento específico para a citação de pessoas com deficiência; 12) decretação de invalidade pela ausência de intervenção apenas após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou não de prejuízo.

Todos esses pontos serão mencionados neste item. Antes, porém, cabem algumas reflexões genéricas sobre essa atividade interventiva.

Em razão do perfil constitucional que indica uma atuação mais ativa, a intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis* vem sendo fortemente questionada há anos, dando origem ao que se convencionou denominar de “racionalização da intervenção no processo civil”. Busca-se evitar que a função do membro do Ministério Público se resuma ao que foi denominado de “parecerismo”, entendido como o “fenômeno pelo qual os promotores de justiça passam a elaborar pareceres cada vez mais em tudo semelhantes a sentenças judiciais, atendendo a todos os requisitos formais de uma sentença e esquecendo-se, por vezes, da própria finalidade com que intervinham no feito”¹⁴.

¹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma*

Não há dúvidas de que a intervenção como *custos legis* deve ser redimensionada, mas nos parece que também há uma resistência injustificada a esse tipo de atuação, já que, inclusive por meio dela, é possível a tutela de direitos. Na realidade, exige-se uma nova compreensão de uma antiga função, não sendo mais compatível uma postura passiva e contemplativa do evolver processual¹⁵.

Notou bem esse aspecto Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao considerar que “importa frisar que o ajuste institucional do Ministério Público, visando adaptá-lo ao novo perfil constitucional não implica, necessariamente, na eliminação da atuação processual como *custos legis*; importa, isto sim, na mudança da forma de atuação e eleição de prioridades institucionais”.¹⁶

Não só as hipóteses que ensejam a intervenção do Ministério Público e o número de órgãos que possuam atribuição exclusivamente interveniente devem ser objeto de profunda reflexão, mas também o modo como se deve dar essa participação no processo. Também a aceitação irrefletida da fixação legal de hipóteses de intervenção não é compatível com o perfil constitucional do Ministério Público, devendo haver uma filtragem constitucional das normas legais que criam causas de intervenção¹⁷.

É necessária uma postura mais ativa também na função de interveniente¹⁸,

Introdução ao Estudo da Justiça. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995, p. 44. Prossegue o autor: “Importa, todavia, apontar para um dado importante para a compreensão deste papel, de aparente ‘assessor do juiz’ no processo judicial (especialmente no cível). O Poder Judiciário de primeiro grau está organizado de tal modo que todo o poder da decisão repousa sobre a decisão de um juízo monocrático [...] Dentro dessa engenharia institucional, o promotor de justiça sempre representou um importante contrapeso contra a possível arbitrariedade do magistrado, situação particularmente verdadeira se lembrarmos que, em nosso sistema judicial, especialmente em cidades pequenas, os advogados contam com pouca possibilidade real de conflitarem com atitudes e decisões dos magistrados, sob pena de se indisporerem e comprometerem sua própria sobrevivência profissional. Neste sentido, a atribuição de ‘fiscal da lei’ significa concreta e salutarmente ser o promotor de justiça um ‘fiscal do juiz’” (p. 45).

¹⁵ Sobre a relação entre a atividade interventiva e a repercussão na legitimidade ativa do Ministério Público, vale conferir o REsp 1155793/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 11/10/2013.

¹⁶ *Idem*, p. 46. Exemplo de aparente incompreensão da atividade do Ministério Público como *custos legis* é a seguinte passagem da lavra de José Maria Rosa Tesheiner: “De um ponto de vista estatístico, é desprezível a intervenção do Ministério Público na instrução do processo, pela simples razão de que desconhece os fatos vividos pelas partes. O que realmente prepondera, em sua atuação como fiscal da lei, é o parecer que oferece ao juiz como projeto de sentença. Considerando apenas o valor celeridade do processo, apresenta-se o parecer do Ministério Público apenas como um ato a mais, eventualmente inútil, a retardar a entrega da prestação jurisdicional. Considerado o valor qualidade dos julgamentos, o parecer do Ministério Público, acolhido ou não pelo juiz, aumenta o percentual de acertos, isto é, de decisões socialmente desejáveis. Inestimável a ajuda que pode prestar ao juiz o parecer de um órgão independente, sem interesse pessoal no resultado do processo. Um mau parecer não impede uma boa sentença, mas um bom parecer pode impedir uma sentença ruim” (*Pressupostos Processuais e Nulidades no processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157). Além de passar a impressão de que o Ministério Público é apenas um detalhe – por vezes incômodo – no processo, o autor peca por não indicar a fonte de suas afirmações, já que trabalha sob um “ponto de vista estatístico”, mas não indica nenhuma estatística ou pesquisa como fonte, nem mesmo uma singela consulta a arquivo pessoal. Também com incisivas críticas à atuação do Ministério Público no processo civil, com peculiar acidez, CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14-18.

¹⁷ Cf. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006, *passim*.

¹⁸ Em estudo publicado há mais de sessenta anos, Enrico Allorío assim se pronunciou: “*seame consentido expresar mi esperanza de que la intervención del Ministerio Público en el proceso civil, ya que no extenderse en superficie, mejorará cualitativamente: de manera que, en los procesos en que intervenga, el Ministerio Público*

com efetiva participação na instrução do processo, na fase de saneamento e com formulação de pedido de antecipação dos efeitos da tutela provisória.

Quanto à tutela provisória, há quem defenda sua ampla legitimidade¹⁹ e há posicionamento doutrinário no sentido de que o Ministério Público poderá requerer tutela provisória antecipada quando for “assistente diferenciado de incapazes”; já na condição de fiscal da ordem jurídica, poderá “apoiar/sugerir/repelir o pleito provisório formulado; não poderá, entretanto, formular requerimento autônomo de tutela provisória”²⁰. Em que pese a indicação de que o novo CPC estabeleceu uma necessária diferenciação entre as hipóteses de intervenção, qualificando efetivamente a atuação do Ministério Público quando presentes incapazes, ainda me parece possível aceitar o requerimento de tutela provisória em todas as hipóteses de intervenção, por não se tratar de ampliação objetiva do processo – e, por isso, não há que se equiparar tal requerimento à substituição processual – e se relacionar com a causa que justificou sua atuação, sem que isso, evidentemente, signifique qualquer vinculação do conteúdo do pronunciamento final.

No que toca à alegação de incompetência relativa, é comum a afirmação de que cabe somente à parte interessada o ônus de opor a exceção específica²¹, em razão de sua conveniência acerca do local em que será demandado. Certamente poderá ser da vontade do réu que o processo se estabeleça em outro local que o indicado por lei, mas não se pode excluir peremptoriamente o interesse de o Ministério Público examinar, no caso concreto, se o interesse público que autoriza sua intervenção não está sendo prejudicado por um

preste a la causa una atención diligente, participando ya en la fase instructoria, concluyendo por escrito y motivadamente, desplegando, en suma, las iniciativas que puedan impedir que su participación en el juicio quede reducida a mera formalidad”, afirmando ao final que, em tempos complexos, instituições como o Ministério Público “mantienen encendida, en las tempestades, la antorcha de la justicia como principio moral del Estado, para transmitirla resplandeciente a un futuro más sereno” (El Ministerio Público. Problemas de Derecho Procesal. Vol. I. Santiago Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires: EJEJA, 1963, p. 437).

¹⁹ ZENKNER, ob. cit., p. 161-166. Escrevendo sobre o CPC ainda vigente, Cassio Scarpinella Bueno já entendia que o Ministério Público possui legitimidade para requerer tutela antecipada mesmo quando atua como *custos legis*, “desde que, evidentemente, seu pedido vá ao encontro dos interesses e direitos que motivam sua participação no feito naquela qualidade. Pensar diferentemente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais do que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio estado – imposto pela própria Constituição Federal – em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que proceduralmente, apresenta-se com ‘melhor direito’ do que o outro. Ser ‘fiscal da lei’, não é despropositado sublinhar, é forma de atenuar os rigores do ‘princípio dispositivo’, garantindo-se a necessária imparcialidade do magistrado. Neste sentido, não há como recusar ao Ministério Público, quando atua naquela qualidade, ter legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada” (*Tutela Antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49).

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575. Acolhem os autores a terminologia proposta por Antônio Cláudio da Costa Machado, ob. cit., p. 225-230.

²¹ Enunciado n° 33 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Cf., na doutrina: BARBOSA MOREIRA. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?* Temas de Direito Processual (Quinta Série). São Paulo: Saraiva, 1994. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Declaração ex-officio da incompetência relativa? Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros 2000. NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade para arguir incompetência relativa. *Revista de Processo* n°52. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 1988.

comportamento desidioso da parte ou de seu advogado.

Afirmava-se que o Ministério Público não poderia suscitar a incompetência relativa quando atua como *custos legis* por não se tratar de matéria de ordem pública, mas, sim, de questão afeta à esfera da disponibilidade das partes de acordo com seus interesses particulares^{22,23}, mas se a causa que legitima a intervenção do Ministério Público puder ser prejudicada pelo deslocamento da competência, sempre nos pareceu que lhe devia ser garantida a possibilidade de atuar no sentido do interesse pelo qual foi chamado a intervir²⁴. O novo CPC, felizmente, encerra essa discussão ao dispor expressamente em seu artigo 65, parágrafo único, que “a incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar”²⁵.

Também quanto à desconsideração da personalidade jurídica, o artigo 133 do novo CPC é expresso ao admitir a possibilidade de o Ministério Público requerer a medida na condição de *custos legis*.

Ainda nessa exemplificação de posturas ativas na atividade interventiva, merece especial registro a aposta do novo CPC na fase de saneamento (artigo 357), ocasião em que o Ministério Público poderá intervir de modo relevante no processo. Nesse particular, não é incomum verificar na prática forense que o juiz somente se lembre de intimar o Ministério Público próximo da audiência de instrução e julgamento ou mesmo antes da sentença, isto é, após o saneamento. Nessas situações, com base no artigo 279, §2º, estará evidenciado o prejuízo, anulando-se o processo a fim de que o Ministério Público participe do

²² NERY JUNIOR. Legitimidade para arguir incompetência relativa. *Revista de Processo* n° 52. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 1988, p. 217/218.

²³ O Superior Tribunal de Justiça possui decisões nos dois sentidos: “Processo civil. Incompetência relativa. Legitimidade. Ministério público. O Ministério Público, mesmo quando atua no processo como *custos legis*, tem legitimidade para arguir a incompetência relativa do Juízo”. (RESP 223142 / MG – Rel. Min. Garcia Vieira – DJ 25.10.1999, p. 66). “Ministério Público, na qualidade de *custos legis*. Impossibilidade. Nulidade do acórdão embargado. Ausência de demonstração da divergência. 1. As regras de competência relativa são instituídas para a tutela de interesses privados. Conseqüentemente, é vedado ao juiz declarar *ex officio* a sua incompetência relativa (Súmula 33 do STJ), porquanto estar-se-ia admitindo inserção na esfera de disponibilidade das partes. 2. Deveras, eleito o foro pelo autor no momento da propositura da ação, e não lhe sendo lícito requerer alteração posterior deste, somente o réu tem legitimidade para arguir a incompetência relativa. Pode ocorrer, entretanto, que haja concordância com o foro eleito para a causa, deixando o demandado de opor exceção, fato que acarreta a prorrogação da competência com a *perpetuatio jurisdictionis* prevista no art. 114 do Código de Processo Civil. 3. Conseqüentemente, tratando-se de competência territorial relativa, e não tendo sido oposta exceção declinatória do foro pela parte ré, falece ao Ministério Público legitimidade para, na qualidade de *custos legis*, arguir a incompetência. 4. Aliás, *in casu*, versando a ação, repetição de indébito tributário, relativo a direito individual patrimonial, não tem o Ministério Público legitimidade para intervir sequer como *custos legis*. 5. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência interna da Corte, sendo requisito essencial à sua admissibilidade, a demonstração de que os órgãos colegiados deram interpretação diversa à mesma tese jurídica suscitada”. (ERESP 222006 / MG – Rel. Min. Luiz Fux – DJ 13.12.2004, p. 199).

²⁴ GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 95-97.

²⁵ Simetricamente, assim dispõe o artigo 951, parágrafo único, do novo CPC: “o Ministério Público somente será ouvido nos conflitos de competência relativos aos processos previstos no art. 178, mas terá qualidade de parte nos conflitos que suscitar”.

saneamento, salvo manifestação fundamentada²⁶ em sentido contrário²⁷.

Quanto ao conteúdo do pronunciamento do Ministério Público nas causas que exigem sua participação, é necessário abordar as hipóteses que ensejam sua intervenção no processo.

Na hipótese da intervenção em razão da existência de interesse público ou social, na dicção do artigo 178, I²⁸, do novo Código de Processo Civil, estamos diante de um conceito jurídico indeterminado e, embora possam ser retiradas algumas regras abstratas sobre a atuação do Ministério Público – como, por exemplo, a de que não há interesse público nas ações patrimoniais envolvendo empresas públicas, nem em execuções fiscais²⁹, chegando a afirmar Cândido Rangel

²⁶ O disposto no artigo 489, §1º, do novo CPC se aplica igualmente às manifestações do Ministério Público, já que se trata apenas de uma espécie de receituário de como deve ser exercido o dever de fundamentação que lhe é imposto. Essa ideia possui relevância inclusive para o desenvolvimento da ideia de “disponibilidade motivada”, como bem notou Hermes Zaneti Junior em texto ainda inédito, gentilmente por ele cedido (o texto integrará uma obra coletiva destinada a comentar o novo CPC e o trecho a seguir transcrito insere-se nas considerações sobre o artigo 178): “a possibilidade de determinar graus de interesse público e de indisponibilidade do direito, ao mesmo tempo que caberia ao MP a decisão de intervir ou não nos processos, conforme fundamentação adequada, quando a norma que determina a intervenção assentar-se em um conceito jurídico indeterminado (ex.: interesse social e interesse público). Trata-se de estabelecer, como premissa técnica de controle da atuação, o ‘princípio da disponibilidade motivada’, demonstrando o membro as razões de sua atuação, toda vez que, no exercício de suas funções constitucionais, ao extrair o conteúdo normativo dos textos legais, resolver pela intervenção ou não intervenção na esfera cível, em concreto. O dever de fundamentação adequada decorre de mandamento constitucional (art. 93, IX) e é um dos pilares nos quais se assenta a estrutura de controle dos deveres-poderes do juiz no novo Código de Processo (art. 489, § 1º), nada mais natural que ele se estenda igualmente ao MP”.

²⁷ “Neste caso, excepcionalmente, a palavra do Ministério Público é definitiva para se decretar ou não a nulidade. A última palavra sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público no feito é do Ministério Público e não do juiz.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 738.

²⁸ Sobre a discussão suscitada pela redação do art. 82, III, do Código de Processo Civil de 1973, inclusive com abordagem histórica e de direito comparado, vale conferir o trabalho de Antônio Cláudio da Costa Machado antes citado, especialmente páginas 315-345, onde se encontram outras referências bibliográficas valiosas. Também merece ser mencionado, pela maneira peculiar com que examina a matéria, um estudo de Calmon de Passos: *Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civ.* *Revista Forense*, vol. 268. Rio e Janeiro: Forense, 1978. E ainda: Humberto Ávila, *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998, e Marçal Justen Filho. *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999, além de Antonio Augusto Mello de Ferraz, *Considerações sobre interesse social e interesse difuso. A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (Coord.). São Paulo: RT, 2005.

²⁹ Confirmam-se os seguintes pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil. Recurso especial. Intervenção do Ministério Público em ação reparatória de danos morais. Desnecessidade. 1. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais promovida em face do Estado por abuso de autoridade em face de denúncia promovida pelo Ministério Público, não se impõe a atuação do *Parquet* como *custos legis*, consoante jurisprudência da E. Corte. (RESP 327.288/DF, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17/11/2003; AGRESP 449643/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.06.2004; AgRg no Resp 258.798, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.11.2002; Resp 137.186, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/09/2001) 2. O artigo 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: “III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” 3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção *jus-philosófica* entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 3. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade

Dinamarco que constitui aberração a intervenção do Ministério Público em causas nas quais é parte uma entidade estatal, só pela presença desta no processo³⁰, apenas as circunstâncias do caso concreto indicarão se haverá necessidade de intervenção da Instituição. O novo CPC, no entanto, é expresso ao acolher orientação doutrinária³¹ e jurisprudencial no sentido de que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público” (artigo 178, parágrafo único).

Há quem faça distinção acerca do conteúdo da intervenção Ministério Público, vinculando-o se a participação no processo se der em razão da qualidade da parte. Para Cândido Rangel Dinamarco, o Ministério Público intervém no processo para apoiar uma das partes em seu interesse direto ou desvinculado do interesse dos litigantes. Na primeira hipótese, assume características de verdadeiro assistente, a fim de equilibrar o contraditório, como nas causas envolvendo incapazes. Na segunda hipótese, desvincula-se do interesse direto de uma das partes e atua como legítimo fiscal da lei, como nas ações de estado e em processos de mandado de segurança³².

José Roberto Santos Bedaque também se manifesta sobre a vinculação do Ministério Público ao interesse da parte que o trouxe ao processo, devendo sua atuação durante todo o processo ser no sentido de contribuir para auxiliá-la a obter êxito na demanda e, caso não sejam comprovados os fatos narrados na petição inicial, não poderia aduzir argumentos favoráveis à outra parte.³³ Também

no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de *custos legis*, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, *v.g.*, sói ocorrer, com a ação de desapropriação prevista no Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei de Desapropriação). 5. *In genere*, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade. 6. Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador de Estado Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/1993. 7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (*pas des nullités sans grief*). 8. Recurso especial desprovido”. (RESP 303806 / RO – Rel. Min. Luiz Fux – DJ 25.04.2005, p. 224). Nos caos de execução fiscal, foi editado o enunciado nº 189 da súmula da jurisprudência predominante: “é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”.

³⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 679. No segundo volume de suas Instituições, Dinamarco afirma que o Ministério Público sempre será parte no processo, tanto quando atuar como assistente (parte auxiliar), quanto como *custos legis* (4ª ed., 2004, p. 427).

³¹ Cf. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 428-430.

³² *Instituições...cit.* vol. I, p. 678.

³³ “o que não se admite é a possibilidade de o Curador de Incapazes (*sic*) tecer argumento em favor da parte capaz, procurar provas para favorecê-la, ou, até, desenvolver raciocínio jurídico no sentido de que os fatos efetivamente demonstrados se subsumem a uma norma que a favorece. Nessas hipóteses, esgotou ele os méis de que dispunha para auxiliar o incapaz. Deve, pura e simplesmente, declarar nada mais ter a deduzir em favor da parte a quem lhe compete assistir”, acrescentando que “todas as

Antônio Cláudio da Costa Machado, tomando como base a suposta necessidade de reequilibrar o contraditório, vincula a atuação do Ministério Público ao interesse do incapaz.³⁴

Em outra perspectiva, entende-se que o Ministério Público possui liberdade na atuação como *custos legis*, no que se refere ao mérito do processo, podendo se manifestar contrariamente à pretensão da parte que ensejou sua intervenção no processo, havendo limitação apenas ao seu interesse recursal. Ou seja: em uma ação ajuizada, por exemplo, por incapaz, pode o Ministério Público manifestar-se contrariamente à pretensão veiculada na petição inicial; entretanto, se o pedido for julgado procedente, não poderá recorrer por ausência de interesse recursal.³⁵

Concordamos parcialmente com essa última opinião. Parece-me que a questão deve ser resolvida com base no artigo 127 da Constituição da República, isto é, o Ministério Público só intervirá em processos individuais pela qualidade da parte se houver direitos indisponíveis em disputa, o que é reforçado pelo novo CPC nos artigos 178 e 698. Se não estiver presente o direito do incapaz, não haverá nenhuma indisponibilidade e simplesmente o Ministério Público não poderá atuar em seu favor por absoluta legitimidade. Também a questão recursal parece ser melhor situada no plano da legitimidade do que no do interesse recursal. Na hipótese de a sentença favorecer o titular de um direito indisponível, não poderá o Ministério Público recorrer contra a sentença por não ter legitimidade, já que, ao prolongar a relação processual, por via reflexa estará atuando como uma espécie de substituto processual de um titular de direito individual disponível, o que lhe é vedado constitucionalmente. O interesse recursal sempre estará presente, mas a legitimidade, não. Note-se que são duas situações distintas: antes da sentença, há uma relação processual instaurada por um titular de um direito afirmado, que, por razões variadas, o ordenamento considera indisponível. O Ministério Público não

vezes em que seja possível mais de uma interpretação, quer dos fatos, quer da norma, o Curador deve sempre optar por aquela mais favorável ao incapaz" (O Ministério Público no processo civil: algumas questões polêmicas. *Revista de Processo*, nº 61. São Paulo: RT, jan.-mar. de 1991, p. 40 e 41). No mesmo sentido: FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil: verso e reverso*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 62-63), nos seguintes termos: "se não tivesse nada a acrescentar em favor do incapaz, deveria apenas manifestar-se ciente, opinando quanto à regularidade da representação e deixando o processo seguir a sua própria sorte" "Não se está, nesse caso, protegendo o incapaz e curando seus interesses, mas sim preservando a ordem jurídica, missão que não deveria ser restrita às causas de incapazes, mas a todas as demandas. Assim, ou o Ministério Público haveria de participar de todos os processos ou também não deveria participar daqueles em que seja parte incapaz, quando nada tivesse a dizer em seu favor. Fica clara, nessa situação, a ofensa ao princípio da igualdade processual, porque o menor tem a resistir à sua pretensão não apenas a parte contrária, representada por advogado, mas também o Ministério Público, que fica à cata de vícios do processo e da verdade real, atuando até na produção de provas e, não poucas vezes, suprindo mesmo a deficiência da defesa que contende com a parte incapaz".

³⁴ Ob. cit., p. 220-225.

³⁵ PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor natural, atribuição e conflito*. 5ª ed. Rio de Janeiro: 1998, p. 12-14. No mesmo sentido: MAZZILLI. *Regime...cit.*, p. 215-216. Também no sentido da atuação desvinculada do Ministério Público temos a posição de José Fernando da Silva Lopes (*O Ministério Público e o Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976), que entende que o Ministério Público sempre atua em prol do interesse público. Ainda: ZENKNER, *Ministério Público...cit.*, p. 123-130.

está obrigado a defender de modo automático a parte que se afirma titular de um direito indisponível³⁶.

A independência funcional garantida constitucionalmente ao Ministério Público assegura a liberdade de manifestação sobre o mérito do processo³⁷ e o Superior Tribunal de Justiça vem sufragando essa tese³⁸.

De todo modo, merece ser registrado que ao Ministério Público caberá a valoração da existência do interesse público, de modo que é ilegítima a existência de uma ordem judicial cogente que obrigue sua intervenção, tendo em vista que a independência funcional garante à Instituição a verificação de quando e como exercer suas funções. Se o membro do Ministério Público entender que não é hipótese de sua intervenção e o juiz discordar, os autos deverão ser remetidos ao Procurador-Geral, que dará a interpretação definitiva sobre a situação.³⁹ No caso de o membro do Ministério Público resolver atuar e o juiz entender que não é hipótese de intervenção por ausência de interesse público, a palavra final sobre a questão será do Judiciário, por meio da análise dos recursos interpostos.

³⁶ Excelente síntese do problema, com original proposta de compatibilização das teses existentes em ZANETI JUNIOR, Hermes, em texto ainda inédito, gentilmente por ele cedido (o texto integrará uma obra coletiva destinada a comentar o novo CPC e o trecho a seguir transcrito insere-se nas considerações sobre o artigo 178: “o problema surge quando, ao atuar, o Ministério Público encontra uma situação de perplexidade diante de um incapaz que pleiteia um direito contrário ao ordenamento jurídico, segundo o juízo do agente do MP oficante nos autos. A questão relaciona-se com a correta interpretação da Constituição (Art. 127, *caput*), isto é, pergunta-se: se o incapaz não tem direito, deve o *Parquet* manifestar-se contra sua pretensão para garantir a tutela do ordenamento jurídico? Existem três posições na doutrina: a) intervenção com poderes amplíssimos e obrigatoriedade de manifestação no mérito, inclusive recorrendo, mesmo contra os interesses dos incapazes (Nelson Nery Jr.); b) intervenção *ad coadjuvandum*, ou seja, apenas para beneficiar os interesses do incapaz, deixando de se manifestar no mérito, quando, no entendimento do *Parquet*, o incapaz não possuir razão (Cândido Rangel Dinamarco); c) liberdade de opinião durante o processo de conhecimento, com manifestação obrigatória quanto ao mérito, vedada a recorribilidade quando a decisão de mérito for favorável ao incapaz, por falta de interesse processual, mesmo após parecer contrário do MP (MAZZILLI: 2011). Nos parece que nenhuma das teses está completamente correta quando iluminadas pela incorporação explícita dos vetores constitucionais ao texto a novo CPC (Art. 1º c/c Art. 176). Entendemos que o MP, quando intervém no processo civil apenas em razão da presença de incapaz, não pode se manifestar no mérito contra o interesse deste mesmo incapaz; portanto, adotamos, no ponto, a doutrina da intervenção *ad coadjuvandum*. Isso porque a opinião jurídica do MP, por mais relevante, culta e bem construída que seja, não tem pertinência para os direitos disponíveis das partes, nos quais falte relevância social. Nestes casos, deverá o membro do MP falar apenas sobre a regularidade processual. Contudo, quando concorrer na causa um interesse contraposto com relevância social ou individual indisponível, combinado com as funções institucionais previstas no Art. 178 CPC e Art. 129 e incisos, CF/1988, caberá ao Ministério Público, obrigatoriamente, manifestar-se no mérito e, inclusive, recorrer da sentença que decida contrariamente aos direitos fundamentais ali previstos. A legitimação para intervenção está presente por se tratar de *causa de intervenção autônoma*, independente do interesse do incapaz. Logo, entendemos por somar as três teses, tendo como vetor interpretativo o comando constitucional, ou seja, tratando-se de direito disponível e sem relevância social, não caberá ao MP zelar pelo ordenamento jurídico (intervenção *ad coadjuvandum*). Tratando-se, por outro lado, de direito indisponível ou com relevância social, caberá ao MP, não só tutelar o ordenamento jurídico, como inclusive recorrer, caso o incapaz que não tem direito, na visão do *Parquet*, saia vencedor na fase de conhecimento. Em outras palavras, o MP não recorrerá sempre, atua em nome do incapaz e somente pode atuar contrariamente a pretensão deste, inclusive recorrendo, quando visualizar interesse social ou direito individual indisponível na pretensão da parte contrária. A liberdade de opinião diz respeito à independência funcional e deve ser respeitada em qualquer dos casos, porém esta será controlada pelo dever de fundamentar adequadamente (disponibilidade mitigada).”

³⁷ Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, 4ª ed., cit., p. 473.

³⁸ REsp 135744 / SP – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 22.09.2003 p. 327.

³⁹ GARCIA. *Ministério Público...*, 4ª ed., cit., p. 474-476.

Ainda sobre a atuação como fiscal da ordem jurídica, devem ser registrados os seguintes pontos que receberam alguma inovação no CPC: 1) a intervenção na jurisdição voluntária somente será necessária se estiver presente alguma hipótese do art. 178, não havendo mais lugar para a antiga discussão sobre a obrigatoriedade dessa intervenção independentemente do caso concreto (artigo 721 do novo CPC)⁴⁰; 2) conseqüentemente, não há mais intervenção obrigatória em casos de ausência ou de disposições de última vontade, não mais cabendo ao Ministério Público a proteção de patrimônio individual disponível, seja como interveniente ou como agente, sendo inconstitucional a legitimidade conferida pelo artigo 22 do Código Civil e a previsão do artigo 745, § 4º, do novo CPC. No caso dos testamentos, o artigo 735, §2º, do novo CPC aparentemente prevê a intervenção obrigatória do Ministério Público, o que somente se justificaria com base em uma tradição irrefletida. Diante do artigo 127 da Constituição e dos artigos 176, 178 e 721 do novo CPC, é incabível sustentar a simples tutela de patrimônio individual disponível pelo Ministério Público, cabendo salientar que não há reprodução no referido artigo 178 do vetusto rol do artigo 82, II, do CPC de 1973⁴¹; 3) nas ações de família a intervenção somente se justifica se houver incapazes (artigo 698); 4) na ação rescisória, somente haverá intervenção se igualmente estiverem presentes as hipóteses do artigo 178, conforme expressa previsão do artigo 967, parágrafo único, encerrando-se a dúvida acerca da obrigatoriedade de sua oitiva⁴². Parece-me, porém, que também se faz necessária a intervenção no caso de a decisão rescindenda decorrer de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei, porque, se a lei lhe confere legitimidade para agir nesse caso (artigo 967, III, b), estabelece-se uma hipótese evidente de interesse público; 5) no incidente de resolução de demandas repetitivas, como haverá fixação de tese para causas de massa e também formação de precedente

⁴⁰ MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XII. São Paulo: RT. 1982, p. 43. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. X. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14-18. Lembre-se, também, da conhecida opinião do autor sobre a não obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em todos os processos de jurisdição voluntária (*Ministério Público e jurisdição voluntária*. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 399-406). Como contraponto a esse posicionamento acerca da jurisdição voluntária: NERY JÚNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, nº 46. São Paulo: RT, abr.-jun. de 1987. Síntese da controvérsia em LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 15. São Paulo: RT, 2000, p. 68-72.

⁴¹ A doutrina, buscando explicar a razão pela qual o Ministério Público deveria zelar pelas declarações de última vontade, afirma que se trata de observância de “normas de ordem pública” (LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como Custos Legis*. São Paulo: Método, 2007, p. 143-144) ou ainda explica porque, “como o testador, porque falecido, não mais pode velar para que sua vontade seja obedecida, a lei coloca o Ministério Público na função de cuidar de que não se descumpra a vontade manifestada no testamento” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 230) e, por fim, em virtude de um suposto “interesse indisponível do Estado (da sociedade) em ver realizada a vontade do falecido” (Antônio Cláudio da Costa Machado, ob. cit., p. 302). O testamento é um negócio jurídico unilateral que tem a morte como causa relacionada à sua eficácia, de modo que não há nada que o vincule a “ordem pública” ou disponibilidade.

⁴² BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 199-200.

obrigatório, é fundamental a ampliação do diálogo e também está subjacente o interesse social, tornando obrigatória a intervenção prevista no artigo 976, § 2º; 6) nas ações possessórias envolvendo litígio coletivo, a intervenção será obrigatória, independentemente de haver hipossuficiência econômica, conforme dispõe o artigo 554, § 1º, do novo CPC: “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”. Esse dispositivo fornece também importante subsídio para reforçar a legitimidade ativa do Ministério Público em casos de posse envolvendo direitos individuais homogêneos, já que reconhece a lei a presença de interesse social; 7) como o recurso de apelação somente passará pelo juízo de admissibilidade no Tribunal competente (artigo 1010, §3º), também não haverá necessidade de qualquer pronunciamento como *custos legis* após a prolação da sentença do órgão que atua em primeiro grau, acabando, enfim, com o que foi denominado de “parecer recursal”, sem prejuízo de ser necessária a atuação nos casos em que for possível o juízo de retratação do juiz; 8) o artigo 245 do novo CPC simplifica o procedimento peculiar para a citação de pessoa mentalmente incapaz ou que esteja impossibilitado de recebê-la, prevendo-se que o oficial de justiça descreva e certifique minuciosamente a ocorrência, devendo ser nomeado médico para examinar o citando, que apresentará laudo no prazo de cinco dias, salvo se pessoa da família apresentar declaração do médico do citando que ateste a incapacidade deste, e, reconhecida a impossibilidade de receber o mandado, será nomeado curador ao citando especificamente para a causa, recebendo a citação e lhe incumbindo a defesa dos interesses do incapaz para o ato. Note-se que não se trata de procedimento de interdição, mas de verificação tópica da capacidade para a prática de atos processuais. Por haver incapacidade, será necessária a intervenção do Ministério Público na própria verificação prevista no artigo 245⁴³ e, caso se constate que o citando é incapaz, nos demais atos do processo; 9) o artigo 190 do novo CPC permite a formação de negócios processuais atípicos e o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica – e, com mais razão, quando atuar como parte – poderá propor ou participar dessas convenções, sendo potencialmente atingido por essa mudança paradigmática e devendo se preparar para explorar adequadamente suas potencialidades⁴⁴.

⁴³ Contra, entendendo que o Ministério Público só atua a partir da constatação da incapacidade para o ato, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Jr. (coautores). São Paulo: Método, 2015, p. 748.

⁴⁴ Cf., CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Públicos e as convenções processuais. *Negócios Processuais*. Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2015. Sobre os fundamentos para a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais: GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

7. Ministério Público e a Necessidade de Curador Especial

O novo CPC corretamente distingue de modo expresso a função do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e, dependendo da hipótese, a necessidade de nomeação de curador especial, eliminando equívocos conceituais, como no caso da interdição (confronte-se, por exemplo, o artigo 752, §§ 1º e 2º, do novo CPC com o artigo 1770 do Código Civil, que será revogado pelo artigo 1072, II, do novo CPC⁴⁵).

A atuação do Ministério Público não elimina a necessidade de o incapaz ser assistido ou representado, na forma do artigo 71 do novo CPC, já que sua participação se dará na condição de fiscal da ordem jurídica, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela adequada observância da atuação dos representantes legais. A intervenção do Ministério Público se dá precisamente em benefício do incapaz, não podendo significar em nenhum momento a diminuição de sua proteção jurídica. A mesma ideia deve incidir quando presente hipótese que justifique a nomeação de curador especial, que nunca será o próprio Ministério Público.

O art. 72 do CPC reproduz em essência o texto correspondente do Código anterior, com aperfeiçoamento redacional e correção técnica do parágrafo único. Trata-se de hipótese de suprimento de capacidade processual e não material, não dispensando a intervenção do Ministério Público, quando incidir o artigo 178, aplicando-se aqui, como visto, o mesmo raciocínio utilizado na análise do art. 71, CPC. O Ministério Público não atua no processo para integrar a capacidade, mas, sim, como fiscal da ordem jurídica. Se uma das funções do curador especial está no reforço do contraditório e da proteção da esfera jurídica do incapaz, a subtração de sua atuação em virtude da atuação do Ministério Público na verdade levaria a um déficit protetivo.

O parágrafo único do art. 72, CPC, é uma adequação à evolução normativa após a edição do Código anterior, especialmente à disciplina constitucional do Ministério Público, afastando-o definitivamente da possibilidade de ser curador especial, e das Leis Complementares n^{os} 80/1994 e 132/2009, que dispõem sobre a Defensoria Pública e a erigem à condição de curador especial por excelência. Nas localidades em que ainda não houver Defensoria Pública devidamente instalada, a curadoria especial recairá sobre advogado idôneo. Não há necessidade de o curador ser advogado, mas, como para praticar atos no processo é necessária a capacidade postulatória, não faz sentido prático que a nomeação recaia sobre outra pessoa que terá que contratar profissional habilitado, já que são inconfundíveis os graus de incapacidade e o curador especial somente supre a incapacidade processual.

O que deve ser bem compreendido é a impossibilidade de o Ministério Público exercer a função de curador especial após a Constituição da República de 1988. A

⁴⁵ As revogações previstas no artigo 1072, II, do novo CPC sofreram uma espécie de constrangimento legislativo, na medida em que o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, editado após a aprovação do CPC e com período menor de vacância, altera dispositivos do Código Civil sem revogar a norma revogadora ou estabelecer alguma compatibilização sistemática.

função do Ministério Público no processo se dá apenas de três maneiras: como legitimado ordinário, nos casos em que defende situação jurídica própria, como legitimado extraordinário e como fiscal da ordem jurídica. O Ministério Público deve zelar pela nomeação de curador especial nos procedimentos em que intervier e tal providência for exigida, como corretamente dispõe o art. 74, II, do Estatuto do Idoso, mas não pode ele exercer essa função por ser ela incompatível com suas atividades institucionais e finalísticas. Nem mesmo na ausência da Defensoria Pública deverá o Ministério Público exercer a curadoria especial, devendo a nomeação recair sobre outra pessoa, preferencialmente um advogado dativo⁴⁶. Se a curadoria especial tiver lugar em hipóteses previstas no art. 178, CPC, ou em alguma outra situação prevista legalmente, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica, o que, como já afirmado, não exclui a necessidade de nomeação de curador especial, havendo, pois, uma dupla tutela do contraditório justificada por questões de política legislativa. Em suma, o Ministério Público, sendo o caso, deve conviver com o curador especial, mas não exerce essa função. O STJ cometeu grave equívoco nesse sentido, ao entender que era desnecessária a nomeação de curador especial ao interditando, por haver intervenção obrigatória do Ministério Público (REsp 1099458/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 10/12/2014). Confundiu-se a atuação como fiscal da ordem jurídica com a integração de capacidade processual do curador especial. O artigo 752, §§ 1º e 2º, CPC, corrige o equívoco.

Situação completamente distinta da que foi exposta no item anterior consiste na atuação do Ministério Público como substituo processual e a desnecessidade de nomeação de curador especial. Não perceber essa diferença é o mesmo que não entender a distinção entre substituição processual e fiscalização da ordem jurídica. Não se nomeia curador especial sob o pretexto de equilibrar um contraditório que está plenamente estabelecido, sem que incida nenhuma daquelas hipóteses antes mencionadas. Nesses casos, o Ministério Público é quem figura como autor, na tutela de direitos indisponíveis, não havendo necessidade de nomeação de curador especial. Essa controvérsia se instaurou em diversos casos envolvendo a destituição de poder familiar, em que a Defensoria Pública passou a atuar na condição de curador especial sem inclusive prévia nomeação judicial, incidindo em duplo equívoco. O CPC não possui regra expressa sobre o tema e a polêmica que se instaurou deveria ter sido suficiente para animar regramento específico. Mas esse entendimento sobre a desnecessidade de nomeação de curador especial decorre do sistema e vem sendo acolhido pelo STJ⁴⁷.

⁴⁶ Contra, entendendo que há possibilidade de nomeação subsidiária do Ministério Público: SILVA, Ovídio Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: RT, 2000, p. 86. Em sentido semelhante, já escrevendo sobre o novo CPC: DIDIER JR., *Curso... cit.*, p. 332333.

⁴⁷ AgRg no Ag 1369745/RJ, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 16/04/2012; AgRg no Ag 1415049/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 17/05/2012; AgRg no Ag 1410673/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 29/10/2014; AgRg no REsp 1478366/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/12/2014.

8. Ministério Público como Legitimado Ativo⁴⁸

Em passado recente, o STJ se opunha de modo franco à possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual para a tutela de direitos indisponíveis, basicamente por exigir expressa lei concedendo essa autorização para atuar⁴⁹.

Partia o STJ e parte da doutrina da interpretação literal do artigo 6º do CPC de 1973, o que já era uma postura contra a doutrina que, corretamente, vinculava a substituição processual a uma autorização normativa⁵⁰, sendo que, no caso do Ministério Público, existe uma previsão constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição). Em nosso atual sistema jurídico, toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que sempre soou como um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa.

Enfim, o artigo 18 do novo CPC agora é expresso em dispor que a substituição processual decorre do “ordenamento jurídico”, o que faz com que se suponha que a antiga discussão está definitivamente superada.

Sobre a atuação do Ministério Público como legitimado ativo, o novo CPC possui regra que pode ser útil nos casos em que houve uma inadequada formação de título extrajudicial pelo Ministério Público, incluindo, por exemplo, a má formulação de um termo de ajustamento de conduta, dispondo o artigo 785 que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

Ainda na seara da efetivação de título executivo extrajudicial, o novo CPC também resolve antiga controvérsia ao prever, no artigo 911, parágrafo único, a possibilidade de imposição de prisão em caso de descumprimento injustificado de acordo de alimentos, reforçando a atuação extrajudicial do Ministério Público.

A nova sistemática da recorribilidade de decisões interlocutórias prevista nos artigos 1009, §§ 1º, 2º e 3º, e 1015 do novo CPC pode causar sérios problemas práticos

⁴⁸ Evidentemente, o Ministério Público pode figurar no polo passivo de uma relação processual, como abordamos no artigo em conjunto com Fredie Didier Jr., já citado. Entretanto, abordaremos no presente trabalho apenas a legitimação ativa, ainda que se concorde com as críticas doutrinárias acerca da redação do artigo 177 do novo CPC, que, repetindo o artigo 81 do Código anterior, dá a entender que o Ministério Público somente atua como autor: GAJARDONI, Fernando. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. Gajardoni, Delloro, Roque e Oliveira Jr. (Coautores). São Paulo: Método, 2015, p. 559. STEFANI, Marcos. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 550.

⁴⁹ Amplo exame da questão em GODINHO, *A Proteção Processual...cit.*, p. 112-142.

⁵⁰ O que não significa que necessariamente seja autorização legal. Assim, ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, vol. 1, p. 426; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”. *Temas de Direito Processual Civil – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7; ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (Coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 859-866.

na atuação do Ministério Público como legitimado ativo, especialmente nos processos envolvendo a tutela de direitos de crianças ou adolescentes que se protraem no tempo e não encontram sentença final em prazo razoável, embora inúmeras decisões interlocutórias sejam proferidas. Nesses casos, a utilização de mandado de segurança talvez seja necessária, a fim de conferir efetividade à atuação.

Ainda sob o aspecto recursal, o novo CPC permitirá a sustentação oral em julgamentos de agravo de instrumento contra decisões referentes à tutela provisória (artigo 937, VIII). Em razão do escalonamento da carreira do Ministério Público e a equivocada ideia de que somente Procuradores de Justiça podem sustentar oralmente perante os Tribunais, na prática essa situação poderá gerar tensões internas, afetando o exercício funcional, como será examinado de modo mais detido no item reservado ao mal estar do princípio da unidade.

Em várias passagens o novo CPC cuida do Ministério Público como legitimado ativo, como no requerimento de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 133), requerimento de inventário em favor de incapazes (artigo 616, VII), requerimento em jurisdição voluntária (artigo 720), ação de interdição (artigo 748, sendo que o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência amplia essa legitimidade, mas alterando dispositivo do Código Civil que será revogado pelo novo CPC, o que ensejará uma acomodação normativa sistemática), a extinção de fundação (artigo 765), ajuizamento de ação rescisória (artigo 967, III), o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 977, III), reclamação (artigo 988), entre outros.

Entretanto, talvez as mais relevantes inovações sejam as mais sutis e signifiquem embaraços práticos em sua legitimidade ativa, notadamente em relação ao custo do processo, como pode se depreender dos artigos 82, §1º, e 91, §§ 1º e 2º, do novo CPC, que aparentemente constituirão em obstáculo para a atuação do Ministério Público.

9. Suspeição e Impedimento

A finalidade primordial da previsão de situações que geram impedimento e suspeição de sujeitos relevantes para a participação e condução de processos e procedimentos é a proteção da imparcialidade e, em consequência, a garantia dos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, na medida em que o ordenamento jurídico aprioristicamente estabelece hipóteses em que se presume, de forma relativa ou absoluta, uma espécie de contaminação cognitiva e volitiva para a prática de atos em determinadas circunstâncias.

Cumpra registrar, porém, que a imparcialidade não assegura, por si só, a independência necessária para atuação do juiz ou do membro do Ministério Público. Nas precisas palavras de Gustavo Henrique Badaró “um juiz sem independência será sempre um juiz parcial. Por outro lado, um juiz independente não será, somente por isso, um juiz imparcial. A independência é um meio para que o juiz cumpra o seu dever de imparcialidade. Assegurada a independência, outros mecanismos

concretos deverão atuar para garantir que o juiz, ainda que independente, seja também imparcial ou, melhor dizendo, não seja um juiz parcial. Um desses mecanismos é a garantia do juiz natural⁵¹. E nesse ponto em que a pretensão de imparcialidade, no sentido de atuação desvinculada de características subjetivas ou situações objetivas que a contaminem, encontra-se com a independência funcional, é fundamental aderir expressamente às precisas considerações do Relator sobre a relação entre os princípios e à Instituição.

Com efeito, o princípio da independência funcional, verdadeira glória do Ministério Público brasileiro, não possui alcance ilimitado e nunca pode ser invocado para que o membro deixe de cumprir sua função. Trata-se de garantia constitucional para assegurar o cumprimento de atividades finalísticas e não de álibi para a omissão funcional. Como qualquer outro princípio jurídico, a independência funcional não pode ser erigida à condição de ídolo absoluto, devendo ser aplicada em conjunto com outros princípios correlatos. Não há dúvidas de que a independência funcional é a mais importante garantia para que o membro do Ministério Público exerça sua função constitucional, mas não pode ser constituída em refúgio indevassável para o não exercício discricionário de atribuições. Trata-se de garantia do livre exercício da atuação do Ministério Público e não de um escudo para a falta de intervenção. A independência funcional não se confunde com liberdade de crença e não serve como álibi para a omissão do Ministério Público, sob pena de transmutar-se de garantia para ameaça institucional.

Ou seja: a garantia da independência funcional está inexoravelmente ligada à imparcialidade do membro do Ministério Público, mas isso não significa que sua assecuração formal seja suficiente para possibilitar uma adequada atuação finalística, na medida em que o pretexto de preservá-la pode escamotear uma fórmula de sacrificar o interesse público por razões privadas⁵².

Isso não significa, entretanto, que inexistam um núcleo intangível da independência funcional que sirva precisamente para garantir a imparcialidade do membro do Ministério Público. Se a independência não pode ser tão ampla que signifique um absolutismo privado, também não pode ser reduzida à condição de *slogan* vazio, propiciando uma interferência forçada no exercício funcional.

⁵¹ Ainda: "A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seu julgador". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A Garantia do Juiz Natural no Processo Penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: USP, 2010, p. 33 e 35 (essa tese foi publicada comercialmente em setembro de 2014 pela editora RT, com o título *Juiz Natural no processo Penal*, mas consultamos o trabalho original, de modo que as páginas referidas serão da versão que consta na biblioteca de teses da USP). Mais adiante esse autor relacionará a figura do juiz natural com a "pessoa do julgador" e não apenas com o órgão jurisdicional, conforme anuncia na p. 44 e desenvolve na p. 213 e seguintes da referida tese.

⁵² Sobre o tema: GARCIA, Emerson. *Ministério Público...cit.*, p. 141-150. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 135-137.

Para reforçar a independência, portanto, o CPC estabelece hipóteses que maculam ou impedem a atuação do Ministério Público. Como se sabe, enquanto o impedimento relaciona-se com o objeto da causa, a suspeição é a desconfiança, a dúvida, o receio de que o membro do Ministério Público, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de atuar com isenção dada sua relação com qualquer das partes em razão de algum vínculo subjetivo com determinada causa⁵³.

O CPC de 1973 prevê diversas hipóteses de tais situações, devendo-se ler o artigo 138, I, cuja redação pode soar um tanto truncada, da seguinte forma: aplica-se ao Ministério Público, quando for parte no processo, o disposto nos incisos II a VI do art. 134 e I a IV do art. 135⁵⁴.

Já o novo CPC, além de acabar com o problema citado acima, já que seu artigo 148, I, é muito claro ao dispor que se aplicam os motivos de impedimento e suspeição aos membros do Ministério Público, traz algumas novidades relevantes: 1) novas hipóteses de impedimento, especialmente as previstas no artigo 144, VII e VIII, isto é: em que figure no processo como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços e, também, em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; 2) além disso, ao especificar o impedimento decorrente da postulação no processo, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, de seu cônjuge ou companheiro, ou de qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o novo CPC amplia a situação no artigo 144, §§ 1º e 3º, sendo que essa situação só incide quando a causa do impedimento já integrava o processo antes da atividade judicante do juiz (e funcional do membro do Ministério Público), verificando-se esse impedimento também no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo; 3) também é estabelecido que é vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento (artigo 144, § 2º); 4) será ilegítima a alegação de suspeição quando houver sido provocada por quem a alega ou a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido (artigo 145, I e II); 5) O artigo 146 modifica a disciplina do procedimento da verificação da suspeição ou impedimento, que será suscitado em petição específica, seguindo, após, o procedimento detalhado nos respectivos parágrafos⁵⁵.

⁵³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 416. “Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função”. (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 420).

⁵⁴ TORNAGHI, ob. cit., p. 430. DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 175-176.

⁵⁵ Em relação a procedimentos extrajudiciais instaurados por membros do Ministério Público, é necessário fixar a atribuição do órgão que resolverá a questão de eventual exceção se suspeição ou

10. A Responsabilidade do Ministério Público.

O novo CPC fixou um regime comum⁵⁶ de responsabilidade civil dos agentes públicos em razão da atividade funcional nos artigos 143, 145, 181, 184 e 187. Ainda que esse regime decorra diretamente da Constituição, o regramento expresso é relevante sobretudo para o Ministério Público, cujos membros vêm sendo alvos de pretensões de responsabilização pessoal⁵⁷. Com essa expressa previsão legal, bem como uma aposta do Código no trabalho dos juízes no controle da admissibilidade da demanda, sempre em contraditório, e na fase de saneamento, espera-se que a ilegitimidade passiva do membro para responsabilidade direta passe a ser examinada expressamente e, em consequência, seja reconhecida.

Em relação aos deveres de probidade processual previstos no artigo 77 do novo CPC, os agentes públicos estão excluídos do pagamento de multa, reservando-se a responsabilização disciplinar para o órgão interno competente (artigo 77, § 6º).

Manteve-se a responsabilidade pelas despesas dos atos processuais adiados ou repetidos para o Ministério Público, se não houve justo motivo (artigo 93), prevendo-se, ainda, responsabilidade pessoal do membro que, injusticadamente, não restituir os autos quando intimado para tanto (artigos 234, §4º, e 235).

11. A Atuação do Ministério Público e o Escalonamento da Carreira: o Mal-estar no Princípio da Unidade

Um problema interno específico da carreira do Ministério Público será intensificado pelo novo CPC. Trata-se da atuação escalonada da Instituição, com

impedimento. Ou seja, há que se estabelecer quem resolverá uma alegação acerca da parcialidade de membro no decorrer de um inquérito civil. O primeiro ponto que nos parece óbvio, por se relacionar com a fixação de atribuições, é a exclusão do controle jurisdicional primário sobre o tema. Isto é: a suspeição ou o impedimento de membro do Ministério Público em procedimento extrajudicial não é decidida pelo Judiciário, salvo se necessário o controle repressivo do ato interno. Entendo, pois, que se trata de matéria afeta ao Procurador-Geral. A Lei nº 8625/1993 dispõe o seguinte: "Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX – designar membros do Ministério Público para: d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações [...] f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste". Poder-se-ia cogitar da aplicação da regra que confere ao Órgão Especial a competência para deliberar sobre assuntos de relevância institucional. Entretanto, em casos de designação, corriqueiramente o Procurador-Geral de Justiça é quem disciplina a matéria, especialmente em razão da dinamicidade necessária para a continuidade do serviço público, não cabendo invocar uma regra residual quando se tem toda uma sistemática voltada para a atuação do Procurador-Geral em matéria que afeta a atribuição de órgão de execução (no mesmo sentido, Mazzilli: *O Inquérito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95).

⁵⁶ Verificando sutis diferenças sistemáticas: TALAMINI, Daniele Coutinho. TALAMINI, Eduardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 565.

⁵⁷ Sobre o tema: PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na Tutela aos Interesses Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier. Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2004. No STJ: REsp 1435582/MG, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 11/09/2014.

classes estanques, cujo diálogo é desejável, mas nem sempre estabelecido, levando a uma latente tensão na atuação processual que vem sendo intensificada com a maior atuação do Ministério Público como legitimado ativo. O novo CPC, ao estimular a maior concentração da atividade do Ministério Público na legitimação ativa e exigir um aumento qualitativo da função como interveniente, aprofundará esse mal-estar já detectado, especialmente quando necessária uma atuação mais efetiva na fase recursal, em que necessariamente o membro que recorre não é aquele a quem, tradicionalmente, são conferidas as atribuições necessárias para o exercício pleno do ato postulatório, como a sustentação oral, cuja relevância assumirá novas cores com a possibilidade de seu exercício em agravo de instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já percebeu esse problema decorrente da unidade e vem entendendo em alguns julgados que, quando o Ministério Público figura como parte, é desnecessária a intervenção do Procurador de Justiça na condição de *custos legis*. Note-se que se trata de situação diferente daquela que gerou antiga controvérsia acerca da necessidade de dois ou mais órgãos do Ministério atuarem em um mesmo processo. O que agora vem sendo decidido é a desnecessidade de atuação de mais de um membro do Ministério Público, ainda que em diferentes graus de jurisdição, desde que o órgão seja parte no processo. Trata-se de leitura peculiar tanto do disposto no artigo 5º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública, quanto do princípio da unidade⁵⁸. A se vingar este entendimento, teremos um redimensionamento da atuação dos Procuradores de Justiça, com no mínimo os seguintes desdobramentos que terão que ser resolvidos institucional e jurisprudencialmente: a) em ação proposta pelo Ministério Público, não mais haverá atuação de Procurador de Justiça; b) ou, no mesmo caso, o Promotor de Justiça somente atuará até a sentença, passando o Procurador de Justiça a assumir o comando do processo; c) ou seja: o Procurador de Justiça é que responderá ao recurso de apelação; d) entretanto, em caso de recurso de agravo haverá um acréscimo de perplexidade; e) deverá ser fixado qual órgão receberá as intimações pessoais; f) por fim, também será afetada a atuação dos membros do Ministério Público que atuam perante os Tribunais Superiores.

Isso se deve, em linhas gerais, a uma peculiar estrutura administrativa simétrica à dos Tribunais, bem como à tensão entre os princípios da independência funcional e da unidade e de uma dificuldade de trabalho conjunto entre as classes, cuja explicação pode situar-se essencialmente em plano metajurídico.

Com efeito, embora uno e indivisível, por razões lógicas e funcionais, e seguindo critérios abstratamente fixados por atos normativos, o Ministério Público exerce suas funções por meio de plexos de atribuições individualizados em unidades autônomas, cada qual ocupada por membros previamente investidos à luz do regramento de regência, seja por provimento ou por substituição. Além dos critérios

⁵⁸ Para o presente item, interessa primordialmente uma das dimensões do princípio da unidade, isto é, seu aspecto funcional. Para aspectos conceituais do referido princípio: GARCIA, ob. cit., p. 122-130. GOULART, ob. cit., p. 131-134.

estabelecidos em virtude da matéria e do território, com a finalidade de melhor dimensionamento do exercício funcional do Ministério Público, a mais eloquente cisão de atribuições se dá em nível legislativo e tem como referencial precisamente uma vinculação entre atribuição e competência e a separação da carreira em classes, na forma das respectivas Leis Orgânicas que disciplinam as atribuições genéricas dos Promotores de Justiça e dos Procuradores de Justiça, no âmbito estadual, e do Ministério Público Federal. Essa rígida separação de atribuições de acordo com os graus jurisdicionais não raro enseja desencontros técnicos, o que é explicado pela convivência entre a unidade e a independência funcional⁵⁹, mas recentemente a doutrina⁶⁰ e a jurisprudência⁶¹ identificaram alguma perplexidade na manutenção da separação funcional, em um mesmo processo, na atuação do Ministério Público. Essas referências sobre a heterodoxia da simultaneidade da atuação do Ministério Público não significam absoluta adesão a tais decisões⁶², mas, sim, servem para ilustrar uma situação que se tornou ainda mais sensível com o exercício das suas atribuições, envolvendo atuação como parte em seara não penal, o que, até recentemente, não era um quadro com que se trabalhava institucionalmente. Com efeito, a atuação do Ministério Público como parte autora sempre esteve relacionada ao processo penal e só em período mais recente, especialmente após a promulgação da atual Constituição, sua atividade como autor no campo cível passou a merecer maior atenção, sendo que, mesmo legitimado para o exercício de diversas ações que tutelam direitos individuais, o Ministério Público passou a ser conhecido como o legitimado por excelência para a tutela de direitos transindividuais.

Um ponto que merece especial atenção é a relação entre a necessidade de interposição de recurso por Promotor de Justiça para que o Procurador de Justiça passe a ter as atribuições regulares. Ou seja: por não possuir atribuição para

⁵⁹ Cf., GARCIA, Emerson. Ob. cit., p. 129-130.

⁶⁰ Cf., ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosenvald (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, *passim*.

⁶¹ RMS 16409/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 197. REsp 554.906/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 308. REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010. HC 87926, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2008, DJe-074, public. 25-04-2008. Entretanto, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permanece pacífica a tese contrária: “A previsão de manifestação do Ministério Público em segunda instância, contida no art. 610 do Código de Processo Penal, decorre de sua função de fiscal da lei, o que não se confunde com a atribuição de titular da ação penal pública, a teor do que preconiza o art. 257 do referido diploma legal. 4. Assim, após a manifestação ministerial, não há falar em contraditório a ser exercido pela defesa, visto que, quando o Ministério Público atua como *custos legis*, não compõe nenhum dos polos da relação processual, ainda que se oponha às teses trazidas pelo réu” (HC 244.999/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

⁶² Importante registro de Emerson Garcia: “Embora seja desnecessária a simultânea intervenção de dois membros do Ministério Público na mesma relação processual, um na condição de órgão agente, outro na de órgão interveniente, esse raciocínio não é extensivo às causas que, sucessivamente, tramitem em instâncias distintas, perante as quais atuem órgãos de execução diversos. Assim, ainda que a petição inicial seja subscrita por um Promotor de Justiça, em segunda instância intervirá obrigatoriamente um Procurador de Justiça: o primeiro atuando como órgão agente, o segundo como órgão interveniente. Tratando-se de Instituição essencial à função jurisdicional do Estado e funcionalmente escalonada, o que delimita a instância perante a qual os respectivos agentes estão legitimados a atuar, torna-se evidente que a lei somente poderá afastar a intervenção dúplice do Ministério Público, não a sucessiva” (ob. cit., p. 589).

ajuizamento de ações, os Procuradores de Justiça possuem atribuição vinculada à interposição recursal, passando, então, a exercer as funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça, invariavelmente na condição de fiscal da lei.

Esse dado demonstra que a atuação dos Procuradores de Justiça *junto* ao Tribunal convive harmonicamente com as atribuições dos Promotores de Justiça que atuam como postulantes *perante* aquele mesmo órgão jurisdicional⁶³.

Decorre dessa estrutura organizacional que, enquanto estiver exercendo atos postulatórios referentes à interposição de recursos, os Promotores de Justiça estarão no estrito campo de atuação que lhe foi conferido pelos atos normativos de regência.

Destoaria do sistema legal permitir que o Promotor de Justiça interponha recurso e, entretantes, vedar-lhe, por exemplo, a possibilidade de acrescer às razões recursais a apresentação de prova nova ou a correção de erros materiais⁶⁴ porventura existentes na própria petição de recurso. Todo e qualquer aditamento ao recurso interposto pelo Promotor de Justiça é de sua atribuição, por decorrência lógica da atribuição recursal.

Em suma, tudo aquilo que se referir ao desdobramento da atribuição para recorrer de decisão proferida em primeiro grau está inserido no plexo de atribuições dos Promotores de Justiça.

Esse raciocínio me parece intuitivo e elementar, mas, por razões desconhecidas, pelo menos no plano técnico, não se permite que o Promotor

⁶³ “E se a função jurisdicional de primeira instância termina com a prolação da sentença, é lógico concluir que, no mesmo momento processual, cessarão também as atribuições do órgão de execução do Ministério Público que até então atuava no feito, ressalvada a interposição de recursos pelo próprio *Parquet*. Assim, interposta apelação pelo autor, pelo réu ou por um terceiro prejudicado, não cabe ao Promotor de Justiça opinar, como interveniente, quanto ao pleito recursal, já que tal atribuição será oportunamente exercida pelo Procurador de Justiça com atribuição “junto” ao órgão respectivo do Tribunal de Justiça, que atua, da mesma forma, como interveniente. É aqui há que se estabelecer a distinção existente entre o atuar “perante” os tribunais e o atuar “junto” aos tribunais. A primeira forma de intervenção se dá comumente nas hipóteses de interposição de qualquer recurso pelo membro do *Parquet* com atuação em primeiro grau. Existe, no primeiro caso, apenas uma postulação dirigida ao órgão *ad quem*, sem que o postulante atue efetivamente naquele colegiado. Situação distinta é a que ocorre quando se atua “junto” aos tribunais, ali tomando assento, elaborando pareceres e realizando sustentações orais que antecedem à própria decisão que há de ser lavrada. Não se trata aqui de um recurso ou postulação vinda de um órgão de instância diversa, mas de uma intervenção oriunda de um órgão de atuação também em segundo grau, que atua, por isso mesmo, “junto” aos tribunais” (ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosendal (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 142).

⁶⁴ O erro material também pode constar no ato da parte, como nos casos de equívoco em datas, nomes etc. De todo modo, não há que se falar em preclusão e os erros podem ser corrigidos de ofício: “O erro material, passível de ser corrigido de ofício, e não sujeito à preclusão, é o reconhecido *primu ictu oculi*, consistente em equívocos materiais sem conteúdo decisório propriamente dito” (REsp 1151982/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012). “A correção de erro material disciplinado pelo art. 463 do CPC não se sujeita aos institutos da preclusão e da coisa julgada, porquanto constitui matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo magistrado. Precedentes: REsp 824.289/TO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 773273/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/02/2008” (AgRg no REsp 1160801/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

de Justiça sustente oralmente recurso por ele interposto ou contrarrazoado. É interessante anotar que a sustentação oral decorre do ato postulatório – tanto assim que inexistente sustentação oral em reexame necessário, exatamente por não haver postulação nesse caso –, é um desdobramento do ato de recorrer e consiste precisamente em atuação perante o tribunal. É o exercício pleno do ato recursal. Logo, somente quem possui legitimidade para recorrer pode sustentar oralmente. E o entendimento de que aqui incidiria o princípio da unidade – já que o recorrente é o Ministério Público e não o membro, obviamente – é um desserviço para a plena efetividade do ato e decorre de uma interpretação simplista, indiferente aos aspectos factuais, já que tal princípio não serve para transmutação da atribuição que foi fixada com a interposição do recurso. Evidentemente, pode o Promotor de Justiça postular perante o segundo grau e lhe deve ser assegurado o pleno exercício de todos os atos que integrem essa postulação.

Note-se que, salvo as evidentes exceções dos embargos de declaração e de recursos para a Turma Recursal, os atos recursais dos Promotores de Justiça terão como destinatário necessário o Tribunal de Justiça, não havendo nessa atuação nenhuma situação heterodoxa, já que o juiz de primeiro grau, como visto, nem mais exercerá um preliminar juízo de admissibilidade.

Para reforçar de modo eloquente essa atribuição perante o Tribunal, basta lembrar a sistemática adotada nos recursos de agravo, em que, além de a interposição ser realizada diretamente em segundo grau, as contrarrazões também são oferecidas pelos Promotores de Justiça⁶⁵.

Um outro dado a se considerar, após todos os argumentos técnicos expostos, refere-se, na realidade, em uma questão factual: não raro precedido por procedimento administrativo ou inquérito civil, não raro com diversos volumes e com laboriosa atividade processual, com dezenas de laudas produzidas, não se pode esperar de um Promotor de Justiça um comportamento indiferente, por exemplo, com o resultado de um recurso por ele interposto e considerar que, após todo o trabalho desenvolvido, com o processo ainda sob julgamento e exatamente por ato postulatório de sua iniciativa, há que permanecer inerte por ter a atribuição coartada. Note-se que, com a proliferação de decisões monocráticas, robustece ainda mais a necessidade de o Promotor de Justiça permanecer atento com o trâmite recursal, a fim de evitar uma apreciação sumária e com cognição parcial sobre os fatos e argumentos relevantes para o processo. Lembre-se, outrossim, do fato de que, pela independência funcional, pode o Procurador de Justiça discordar frontalmente da tese veiculada no recurso interposto pelo Ministério Público por meio do Promotor de Justiça, inclusive com parecer formal nesse sentido, ou simplesmente considerar que não é pertinente o acréscimo que se quer fazer ao recurso, o que é tecnicamente lícito, mas pode ser processualmente indesejável.

⁶⁵ Cf., GARCIA, ob. cit., p. 595-596. Ainda, com propostas de mudanças na sistemática recursal, ZENKNER, *Reflexos processuais...cit.*, itens 4.3 e 4.4.

Não se apregoa, evidentemente, uma relação pessoal entre o membro do Ministério Público e seu trabalho – a propósito, invariavelmente o voluntarismo desprovido de técnica é responsável por práticas contraproducentes –, mas, sim, pretende-se assinalar que, além das questões técnicas, também aspectos factuais devem ser associados na análise do tema.

Não é incomum encontrar na atuação de Procuradores de Justiça um ânimo processual menos intenso do que o Promotor de Justiça que vivenciou os fatos e que desenvolveu todo o trabalho anterior, havendo, assim, o que aqui é denominado de mal-estar da unidade, isto é, a constatação de um absoluto descompasso na forma e no conteúdo da atuação entre as classes. Esse quadro ainda piora se tivermos em mente que o Procurador de Justiça que atuar no processo sequer será o mesmo que participará da sessão de julgamento, já que inexiste essa vincularidade, o que pode significar prejuízo para a efetividade da atuação do Ministério Público (note-se, a propósito, que o artigo 1003, §1º, do novo CPC prevê que a intimação será realizada na audiência em que proferida a decisão), o que pode aprofundar o problema relacionado a essa desconcordância de atuação).

Dois exemplos baseados em casos de que tomamos conhecimento que podem ilustrar a hipótese: 1) Promotor de Justiça instaura procedimento para verificar situação de risco envolvendo criança; após diligências investigatórias, constata-se a situação de risco e ajuíza-se ação de destituição de poder familiar; o pedido é julgado improcedente; o Promotor de Justiça interpõe recurso de apelação e, recusada a retratação pelo juiz, os autos são remetidos ao Tribunal, após as contrarrazões; um Procurador de Justiça oferecerá parecer sobre o caso; no dia do julgamento, aquele Promotor de Justiça não poderá oferecer sustentação oral, porque se entende que não está em sua atribuição, e o procurador de Justiça que estará presente na sessão poderá ser outro, que nunca viu aqueles autos e desconhece os fatos. 2) Promotor de Justiça, após averiguação formal dos fatos, ajuíza ação coletiva visando à tutela do patrimônio público, obtendo a tutela provisória de bloqueio de elevada quantia que seria repassada à ré por entidade pública; contra o deferimento da tutela provisória, a ré interpõe agravo, não obtendo, contudo, a suspensão da tutela provisória; o Promotor de Justiça oferece contrarrazões ao agravo e, entretanto, a agravante, inconformada com a decisão do relator, impetra mandado de segurança perante o órgão especial do Tribunal, deslocando a competência e, conseqüentemente, passando a atribuição para o Procurador-Geral de Justiça; o relator do mandado de segurança concede a liminar e determina a liberação das verbas, o que pode causar grave lesão ao erário; o Promotor de Justiça, tomando ciência fática dessa decisão, comunica ao Procurador-Geral que a liminar concedida é grave e baseada em equívocos fáticos evidentes, que podem ser facilmente esclarecidos ao relator; o Procurador-Geral se nega a peticionar sob a alegação de que não foi formalmente intimado da decisão; contra essa postura interna passiva, formalista, burocrática, palaciana, desinteressada e em desacordo com tudo o que se espera do Ministério Público nos dias de hoje, o Promotor de Justiça nada pode fazer, salvo lamentar e combater o inevitável desânimo.

Esses exemplos acontecem com desconcertante frequência e revelam uma fragilidade e um descompasso interno de difícil solução, quase uma espécie de esquizofrenia funcional, e, como antes afirmado, poderá ser agravado pelo novo CPC, sem qualquer trocadilho.

Com efeito, o artigo 937, VIII, do novo CPC permite a sustentação oral em julgamento de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência. Ou seja: em situações sensíveis, em que a urgência integra o recurso, o Promotor de Justiça interporá o agravo ou oferecerá contrarrazões, mas, a se manter a atual tradição, não poderá oferecer sustentação oral e dependerá do empenho do Procurador de Justiça para que seu ato postulatório tenha a adequada complementação.

Essa interpretação de que a sustentação oral é exclusiva dos Procuradores de Justiça, como visto, não encontra respaldo técnico, já que se trata de ato postulatório perante o Tribunal e não junto a ele. Sendo assim, por se tratar de desdobramento de ato postulatório, somente aquele que pode interpor o recurso está legitimado a proferir sustentação oral.

Por uma constatação empírica, a urgência e o empenho do recorrente não são simétricos à atuação do parecerista que, por uma tradição inventada, passa a ostentar exclusividade na sustentação oral.

Acrescente-se, outrossim, que, se se aderisse à tese de que Promotores de Justiça não podem pleitear perante Tribunal de Justiça, haveria evidente retrocesso na posição institucional que defende a possibilidade de os Ministérios Públicos estaduais atuarem perante os Tribunais Superiores, na medida em que se sufragaria, ainda que por via transversa, a ideia de que há exclusividade topográfica na atuação finalística da Instituição⁶⁶.

⁶⁶ Como é cediço, trata-se de tema muito caro aos Ministérios Públicos estaduais – com proeminente atuação do Ministério Público do Rio de Janeiro – e ainda está viva a controvérsia na jurisprudência, com julgamento sobre o tema na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (AREsp/DF 285810). Recentes julgados apontam para uma evolução jurisprudencial, ainda em andamento: “Processual civil. Agravos regimentais. Ministério Público estadual. Legitimidade recursal. Recurso especial. Tempestividade. Recesso forense. Comprovação posterior. Precedente da Corte Especial (AResp 137.141/SE). Conversão em recurso especial. 1. É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal. 2. O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça. 3. Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo. 4. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como *custos legis*. 5. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte. 6. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta

Imagine-se, por exemplo, um Recurso Especial interposto por Procurador de Justiça de Tutela Coletiva de Ministério Público estadual. Eventual

Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão. [...]” (AgRg no AgRg no AREsp 194892/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012). No Superior Tribunal de Justiça o tema foi pacificado na Corte Especial: “Embargos de divergência no recurso especial. Penal e processo penal. Legitimidade do Ministério Público estadual. Atuação, como parte, para atuar diretamente no STJ. Possibilidade. Questão de ordem no recurso extraordinário nº 593.727/MG. Legitimidade do ministério público estadual para atuar perante o STF. Possibilidade. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar, a sexta turma prossiga no julgamento do agravo regimental. 1. O acórdão embargado e o acórdão indicado como paradigma discrepam a respeito da interpretação do art. 47, § 1º, da Lei Complementar nº 75, de 1993, um conhecendo de agravo regimental interposto por membro de Ministério Público, e o outro, não; 2. Cindindo em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público enquanto autor da ação. 3. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte (EREsp 1327573/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17/12/2014, DJe 27/02/2015). Também o Supremo Tribunal Federal conferiu novo enfoque e alterou anterior entendimento: “Reclamação. Ilegitimidade ativa do Ministério Público estadual. Inicial ratificada pelo Procurador-Geral da República. Afastamento da incidência do art. 127 da LEP por órgão fracionário de tribunal estadual. Violação da súmula vinculante nº 9. Procedência. 1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente Reclamação perante esta Corte, já que “incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar nº 75/1993” (Rcl 4453 MC-Agr-Agr / SE, de minha relatoria, DJe 059, 26.03.2009). 2. Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo Procurador-Geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda. 3. Entendimento original da relatora foi superado, por maioria de votos, para reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para propor reclamação”. Durante o julgamento, cuja íntegra está disponível no sítio daquele Tribunal, o Min. Celso de Mello afirmou que o “Ministério Público estadual dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais e no âmbito de processos cuja natureza justifique sua formal participação, quer como órgão agente, quer como órgão interveniente. Não tem sentido, por implicar ofensa manifesta à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, exigir que sua atuação processual se faça por intermédio do senhor Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual [...] Não vejo razão alguma para restringir a atuação processual do Ministério Público dos Estados-membros no Supremo Tribunal Federal. Entendo assistir ao *Parquet* local plena legitimação para impetrar, p. ex., mandado de segurança, em sede originária, perante esta Suprema Corte, naqueles casos em que o remédio constitucional objetive preservar prerrogativas inerentes a essa Instituição, quando lesadas ou ameaçadas de lesão por qualquer das autoridades cujos atos estejam sujeitos, em sede mandamental, à competência desta Corte”, complementando que não se pode estabelecer uma incompreensível “hermenêutica da submissão”, que se instalaria caso a atuação do Ministério Público estadual fosse condicionada a um ato volitivo do Procurador-Geral da República. Ainda: “Reclamação. Execução penal. Restabelecimento dos dias remidos. Contrariedade à súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal. Reconhecida, por maioria, a legitimidade do Ministério Público do Estado de São Paulo para propor reclamação, independentemente de ratificação da inicial pelo Procurador-Geral da República. Decisão reclamada contrária à súmula vinculante nº 9 e proferida após a sua publicação. 1. O Supremo Tribunal reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para ajuizar reclamação no Supremo Tribunal, sem que se exija a ratificação da inicial pelo Procurador-Geral da República. Precedente: Reclamação n. 7.358. 2. A decisão reclamada foi proferida após a publicação da súmula vinculante n. 9 do Supremo Tribunal, pelo que, nos termos do art. 103-A da Constituição da República, está a ela sujeita. 3. Reclamação julgada procedente” (Rcl 7101, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011, DJe-152).

comprovação de fato relevante, como superveniência de decisão jurisdicional pertinente ou algum outro esclarecimento que se fizesse necessário para o acolhimento do recurso dependeria de ato de Subprocurador-Geral da República ou, por ser desdobramento de ato inerente à atribuição do Procurador de Justiça sua atribuição seria estendida para complementação de ato postulatório? Toda a construção técnica e argumentativa da tese institucional sobre o tema se baseia precisamente na permanência da atribuição do Ministério Público estadual perante os Tribunais Superiores por se tratar de legítimo exercício da atribuição recursal. Com efeito, se existe atribuição para a interposição do recurso, forçosamente também existirá para quaisquer medidas que lhe sejam conexas. Um enfoque restrito do princípio da unidade e uma visão radical sobre a rigidez compartimentada das atribuições afetariam a possibilidade de litisconsórcios entre os Ministérios Públicos, bem como a possibilidade de se desvincular a competência e a atribuição de modo amplo.

Além dessas situações, pense-se no ajuizamento de reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal por descumprimento de súmula vinculante, além das sustentações orais em Tribunais Superiores, e se constatará a vinculação entre a hipótese dos autos com a tese institucional ora mencionada. Por fim, basta cogitar a situação em que Procurador de Justiça ou Procurador-Geral de Justiça interpõe recurso especial e lhe é vedada a sustentação oral, passando a depender do compromisso e da boa vontade do Subprocurador-Geral da República, sob o argumento de que o ingresso do recurso em ambiente federal exclui a postulação do recorrente originário.

O fato de o caso dos autos se referir a atribuições dentro de um mesmo Ministério Público evidentemente apresenta peculiaridades, mas não é suficiente para se excluir a preocupação revelada neste item, já que a controvérsia não é resolvida pela singela aplicação do princípio da unidade. Evidentemente, no debate envolvendo a atuação dos Ministérios Públicos perante os Tribunais Superiores há a nota adicional de eventual subordinação à atividade do Ministério Público federal, mas, em essência, estamos igualmente diante de uma controvérsia envolvendo limitações artificiais de atribuições exercidas e, principalmente, em exercício.

Acrescente-se, nesse contexto, que o fato de a atribuição ser dos Promotores de Justiça não implica a exclusão de uma postulação conjunta com as Procuradorias de Justiça, na linha de pretéritos casos emblemáticos nesse sentido que ocorreram neste Ministério Público e que sempre reforçaram efetivamente a unidade institucional. Na realidade, a interface e o entrosamento entre as classes não só é desejável institucionalmente, como também é relevante processualmente, de modo que a atuação conjunta e o diálogo constante devem sempre ser buscados e incentivados⁶⁷. Somente haverá efetiva

⁶⁷ Cf. OLIVEIRA JUNIOR, Oto; ANJOS FILHO, Robério. Breves anotações sobre a atuação conjunta de membros do Ministério Público. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosenvald (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, especialmente item 7.4.

atuação do Ministério Público, com reais resultados decorrentes de sua atuação, se o princípio da unidade for efetivamente levado a sério⁶⁸ e o trabalho entre Promotores e Procuradores de Justiça se der de modo harmônico. O trabalho em segundo grau dos Procuradores de Justiça é fundamental para uma atuação institucional efetiva e produtiva, razão pela qual se deve prestigiar uma atuação cooperativa, sem que, com isso, haja fissuras na independência funcional – que, repita-se, não é um princípio absoluto e não deve ser usado para frustrar a atuação funcional – e na divisão de atribuições⁶⁹.

Não há dúvidas, porém, que a possibilidade de oferecimento de sustentação oral em julgamento de recurso de agravo de instrumento envolvendo tutela provisória aprofundará o já existente mal-estar no princípio da unidade.

Como já mencionado, o novo CPC trabalha com a ideia de cooperação e de boa-fé objetiva, cabendo ao Ministério Público internamente extrair as consequências dessas normas para a consecução de seus objetivos institucionais.

12. Encerramento

A maior presença do Ministério Público na seara processual é inversamente proporcional ao número de estudos dedicados a compreender suas peculiaridades, responsabilidades, progressos, possibilidades, desvios e vicissitudes. Não é exagerado afirmar que, salvo textos dedicados ao exame da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, grassa um inexplicável silêncio sobre sua atuação processual, que não mais pode ser resumida apenas à condição de órgão interveniente no processo civil individual.

Evidentemente, o impacto da atuação do Ministério Público pós Constituição de 1988 não se resume aos aspectos jurídico-processuais, exigindo, na realidade, uma investigação multidisciplinar⁷⁰, especialmente no âmbito de implantação das políticas públicas, da atuação extrajudicial e de seu comportamento nas relações de poder, incluindo o difícil equilíbrio entre a tutela da proibidade de terceiros e a convivência com práticas administrativas endógenas que, às vezes, podem reproduzir atos que são combatidos no exercício da atividade institucional.

Trata-se, pois, de uma instituição complexa que, no âmbito processual, revela-se pródiga em novas abordagens.

⁶⁸ Cf. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, item 20.3.

⁶⁹ Reflexão sobre a necessidade de redimensionar a atuação em segundo grau do Ministério Público: BERCLAZ, Márcio Soares. O Ministério Público em Segundo Grau diante do Enigma da Esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou Devoro-te! In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁷⁰ Para uma visão crítica e interdisciplinar: ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. SILVA, Cátia Aida Pereira da. *Justiça em Jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Edusp, 2001. KERCHÉ, Fábio. *Virtude e Limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

Este artigo pretende apenas integrar essa tentativa de contribuição para o entendimento do “novo” Ministério Público no processo civil, cuja compreensão crítica, incluindo a discussão do princípio da unidade, é fundamental para o progresso da Instituição.

Referências Bibliográficas⁷¹

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002.

BERCLAZ, Márcio Soares. O Ministério Público em Segundo Grau diante do Enigma da Esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou Devoro-te! In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de Processo*, nº 237. São Paulo: RT, nov. 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

KERCHE, Fábio. *Virtude e Limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como Custos Legis*. São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, Jairo Cruz. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷¹ Serão referidas apenas algumas obras básicas citadas no texto. A bibliografia consultada está integralmente apontada nas notas de rodapé.

SILVA, Cátia Aida Pereira da. *Justiça em Jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. In: FARIAS, ALVES e ROSENVALD (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

onsino

meccor

Responsabilidade Fiscal e “Pedaladas”

Ives Gandra da Silva Martins*

Durante os trabalhos constituintes, vivia o Brasil período de alta inflação que os dois planos – Cruzado e Bresser – não tinham conseguido superar, pois lastreados em mero congelamento de preços e tablitagem da dívida (expurgos das projeções inflacionárias). A verdadeira causa da inflação – *deficit* público acentuado – não fora combatida, em face da frouxidão das leis orçamentárias da época.

A convite dos constituintes, participei de audiências públicas perante os parlamentares, tanto para o Título VI (Tributos, Finanças e Orçamento), como para o VII (Ordem Econômica) da lei suprema.

Consideraram os parlamentares uma vitória a aprovação dos artigos 165 a 169 da Carta Magna, em que se exigiu que todas as despesas estivessem vinculadas a receitas reais, impondo-se um rígido cumprimento das três leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos, propriamente ditos, em suas três facetas: fiscal, das estatais e previdenciária).

A lei complementar prevista para introduzir a responsabilidade fiscal, todavia, somente foi aprovada em 2000 (Lei nº 101/2000), com sanções e exigências, objetivando obrigar os governos à gestão da coisa pública com seriedade, eficiência e legalidade.

Faço essas considerações para alertar o leitor da importância do debate que se trava no TCU (Tribunal de Contas da União) sobre os 13 pontos levantados pelo ministro Augusto Nardes, sobre possível desrespeito do governo federal à lei suprema e à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em matéria grave.

Independentemente das respostas da União e de suas justificativas, que poderão ou não elidir os desvios detectados pelo TCU – pela primeira vez inteiramente aparelhado para diagnosticar infrações à lei referida –, entendo que a discussão que hoje se trava naquele sodalício é da mais alta relevância para o país.

A crise brasileira é, fundamentalmente, uma crise de irresponsabilidade fiscal, em que os governos gastam o que não têm, gastam mal e privilegiam amigos e políticos para manter-se no poder, sendo a prestação do verdadeiro serviço público um efeito não necessário, mas apenas colateral da administração.

A Federação brasileira, mastodôntica e esclerosada, não cabe no seu PIB. Por isso impõe-se o respeito a uma lei que objetiva moralizar o poder em benefício da sociedade.

Se conseguir a presidente Dilma rebater os 13 pontos bem fundamentados do relatório do ministro Augusto Nardes – tive a oportunidade de ler o seu voto –, a questão estará solucionada, naturalmente.

* Advogado e presidente da Comissão de Reforma Política da OAB-SP, é professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

Se não conseguir, caberá àquela Corte decidir sobre a própria permanência da LRF, visto que, se aprovar contas irregulares, estará incinerando todo o trabalho constituinte e a própria Lei nº 101/2000, sobre abrir fantástica avenida para a irresponsabilidade de gestão, tornando o país um paraíso de ineficiência e corrupção. E essa lei vai se tornar apenas um documento para tertúlias acadêmicas, sem qualquer efetividade prática.

Entendo que, na aprovação ou não das contas do governo, na hipótese de não ser consistente a resposta governamental, estará em jogo o futuro da boa ou má gestão do poder público brasileiro e, a rigor, de todo o trabalho arduamente realizado pelos constituintes de 1988.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais

Digu
uil
sileiro

Ruy Barbosa

Etatis Bevilisquon

Pareceres

• • •

Parecer em processo administrativo. Análise da Resolução CNMP nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução CNMP nº 23/2007, que regula a restauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

Emerson Garcia

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

Processo MPRJ nº 2015.00937198.

Requerente: Conselho Nacional do Ministério Público.

Ref.: Resolução nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução nº 23/2007, que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de procedimento instaurado a partir do recebimento do Ofício Circular nº 012/2015/SPR/COADE, da Secretaria-Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, em que encaminha, para ciência, cópia da Resolução CNMP nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução CNMP 23/2007, que regula a instauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

2. O referido ato normativo encontra-se acostado às fls. 03-14 e, em sua essência, estabelece que, “após a instauração do inquérito civil ou do procedimento preparatório, quando o membro que o preside concluir ser atribuição de outro Ministério Público, este deverá submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, no prazo de 3 (três) dias”.

3. Os autos vieram à consideração desta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 05.

II

4. Até o advento da Resolução CNMP nº 126/2015, sempre que o órgão de execução entendesse que a condução de inquérito civil ou procedimento preparatório, até então sob sua presidência, deveria ser realizada por órgão de execução vinculado a outro ramo do Ministério Público, deveria declinar os fundamentos do seu entendimento e, ato contínuo, encaminhar os autos ao órgão que, no seu entender,

teria atribuição para agir. Portanto, o juízo de valor emitido pelo órgão de execução do Ministério Público não estava sujeito a qualquer referendo.

5. Com a modificação introduzida na Resolução CNMP nº 23/2007, foi criado um mecanismo de controle interno até então não previsto em lei, cuja funcionalidade básica é a de confirmar ou rejeitar o entendimento inicial. Esse controle, é importante frisar, será realizado pelo “órgão de revisão competente”, que sequer teve a sua identidade declinada.

6. A omissão na informação de qual seria o “órgão de revisão competente” pode ensejar duas interpretações básicas: de acordo com a primeira, caberia à lei definir qual seria esse órgão; a segunda, por sua vez, indicaria que esse órgão deve ser identificado à luz da sistemática já existente em relação ao controle do inquérito civil. A primeira interpretação tornaria inócua a inovação do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo necessária a edição de um novo ato normativo com o objetivo de regulamentar o regulamento, o que não se ajusta a qualquer padrão de razoabilidade. A segunda interpretação, que nos parece mais adequada, conduz-nos à conclusão de que esse órgão de revisão é justamente um daqueles que, conforme o ramo do Ministério Público envolvido, realiza o controle do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública. Esse órgão há de ser o Conselho Superior do Ministério Público ou a Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, já que ambos receberam o designativo de “órgão revisor”. É o que se extrai do art. 10, § 5º, da Resolução CNMP nº 23/2007.

7. Na medida em que controle dessa natureza, por parte do Conselho Superior do Ministério Público, não encontra previsão na Lei nº 8.625/1993 ou, mesmo, na Lei Complementar Estadual nº 106/2003, é factível que a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público restringiu a atribuição de um órgão e criou atribuição para outro.

8. Não se ignora, é certo, que os fins almejados pelo Conselho Nacional do Ministério Público são mais que nobres. Afinal, é sabido que conflitos de atribuição, em regra negativos, têm aportado em profusão no Supremo Tribunal Federal. E como o Tribunal tem envidado esforços no sentido de estabelecer limitadores às causas submetidas à sua apreciação, é factível que, mais cedo ou mais tarde, irá despir-se dessa competência. Basta observarmos que os conflitos estão sendo apreciados monocraticamente e alguns Ministros já se pronunciaram sobre a absoluta inviabilidade de o Supremo Tribunal Federal continuar a apreciá-los. O Ministro Teori Albino Zavascki, por exemplo, chegou a sugerir que o Procurador-Geral da República apreciasse esses conflitos, enquanto o Ministro Luís Roberto Barroso optou por indicar o Conselho Nacional do Ministério Público como o órgão competente para fazê-lo. Portanto, a iniciativa do Conselho, como declinado na exposição de motivos da Resolução CNMP nº 126/2015, tem o evidente propósito de diminuir o volume de conflitos endereçados ao Supremo Tribunal Federal.

9. Ainda que sejam nobres os fins, a questão que se põe é saber se o Conselho Nacional do Ministério Público pode, ou não, criar atribuições para os órgãos de execução.

10. Com a instalação e o funcionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tornou-se perceptível o paulatino surgimento de uma realidade distinta daquela que vinha caracterizando o Ministério Público brasileiro no período posterior a 1988, marcado por uma plena autonomia existencial.

11. Desde o seu surgimento, não tem sido incomum que o CNMP avance em juízos valorativos estranhos ao universo de atuação de um órgão de controle externo. Essa última característica, no entanto, ainda apresenta algumas peculiaridades. A principal e mais curiosa reside na constatação de que as incursões do CNMP no âmbito puramente valorativo eram mais intensas no plano geral que no concreto. A curiosidade deve-se a uma razão muito simples: considerando a excepcionalidade das incursões em juízos valorativos, somente as especificidades do caso concreto seriam aptas a justificá-las. No plano geral, por sua vez, deveriam prevalecer as regras basilares do sistema, que apontam para a preeminência da autonomia das Instituições controladas. Esse quadro, no entanto, sofreu algumas modificações com as novas composições do órgão, que não mais recepciona o anonimato e, como veremos, já manifesta certa preocupação com a coexistência entre seus atos regulamentares e a lei.

12. Interpretando o inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição da República, o CNMP tem alcançado a conclusão de que a parte inicial do preceito (“zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”) está dissociada da parte final (“podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”). Assim, ao invés de expedir atos regulamentares que reforcem a autonomia da Instituição, o CNMP tem caminhado em norte contrário, substituindo-se às Instituições controladas no exercício de juízos valorativos característicos dessa autonomia, o que tem ensejado o surgimento de algumas contradições lógicas no sistema.

13. Tais contradições exigem sejam envidados esforços no sentido de identificar a natureza e a extensão do poder normativo atribuído ao CNMP, explicitando os seus respectivos balizamentos.

14. A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder¹ podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o *facere* estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento.²

¹ “Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar” (CHAPUS, RENÉ. *Droit Administratif Général*, Tome 1. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 649).

² Cf. MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*, Tome 1er. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, p. 115-116.

15. A generalidade é uma característica indissociável dos regulamentos, apontando para a impessoalidade dos seus comandos.³ Não obstante a indiscutível importância teórica, não adentraremos na conhecida polêmica sobre ser, ou não, o regulamento, sob o ponto de vista formal, um ato administrativo, mas, sob o ponto de vista material, um verdadeiro ato legislativo, construção prestigiada por uns,⁴ rechaçada por outros.⁵

16. O regulamento é um relevante mecanismo de colaboração entre as funções estatais, permitindo seja conferida maior maleabilidade operacional aos comandos legais, que podem ser ajustados, à época da execução, aos circunstancialismos de ordem administrativa e social. Por refletir um mecanismo de colaboração, não de absorção ou usurpação, há uma relação de verticalidade entre lei e regulamento: o segundo somente pode desenvolver-se no espaço de conformação deixado pela primeira.⁶ O regulamento não pode confrontar a lei, isto sob pena de restar caracterizada a usurpação da função legislativa. No alvorecer da Revolução Francesa, a impossibilidade de o Executivo editar atos normativos à margem da lei foi expressamente vedada pela Constituição de 1791 (art. 6º): “o poder executivo não pode editar nenhuma lei, mesmo provisória, mas somente proclamações harmônicas com as leis para ordenar ou recomendar a sua observância”, regra que terminou por ser amenizada nas Constituições posteriores.

17. É importante refutar, no entanto, a tese de que os regulamentos destinam-se unicamente à execução das leis, há muito reduzida, na expressão de Fuzier-Hermann, a “*uma ficção*”.⁷ A inter-relação entre as funções estatais e a paulatina sedimentação da concepção de que as delegações legislativas não se mostram de todo incompatíveis com o princípio democrático permitiram a identificação de três manifestações da atribuição regulamentar: (1) *autônoma* ou *independente*, preenchendo os espaços ainda não ocupados pela lei; (2) *executiva*, permitindo a aplicação das normas legais; e (3) *autorizada*, destinando-se à disciplina das matérias descritas na lei que delegou ou permitiu o exercício dessa atribuição.

18. Em relação ao denominado “regulamento autônomo”, que poderia ser editado ainda que a matéria não tivesse sido objeto de lei e à mingua de autorização legal, cumpre ressaltar a manifesta impropriedade da expressão. Se o ato normativo é autônomo, não sendo responsável pela especificação de qualquer outra norma de estatura superior (observe-se que a Constituição cria a competência, não sendo propriamente regulamentada, mas integrada), não há propriamente um regulamento. Nessa linha, é mais adequado falarmos em decreto, que pode assumir colorido regulamentar ou autônomo.

³ Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1963, p. 117.

⁴ Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Tome 1er. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 1963, p. 64.

⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo e RAMÓN-FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 181; e SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo I. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2004, p. 36/37, que realçam o caráter essencialmente político e subordinante da lei.

⁶ Cf. BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 51.

⁷ Cf. BARBOSA, Ruy. Vitaliciedade de Funcionário Público. Extensão e Limites da Ação Regulamentar do Poder Executivo, in: *Revista Forense* nº VII, p. 33 (37), 1907.

19. No direito norte-americano, merece referência o célebre caso *Youngston Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, em que o *Justice* Jackson sustentou a correção da “*independent ordinance*” na hipótese de “*congressional inertia, indifference or quiescence*”.⁸ Trata-se de exceção, não de regra, máxime em sistemas, como o brasileiro, cujos alicerces democráticos ainda se mostram incipientes. Um sistema integralmente estruturado na soberania popular não se ajusta com facilidade à tese de que órgão outro que não aquele constitucionalmente incumbido da produção normativa possa editar atos dessa natureza, daí a necessidade de expressa autorização constitucional para a sua edição.

20. Não é incomum, ademais, que o Constituinte delimite as matérias sob domínio da lei e aquelas sob domínio do regulamento, promovendo uma nítida divisão de competências. Exemplo dessa possibilidade encontra-se estampado na Constituição brasileira de 1988, que relaciona algumas matérias a serem reguladas exclusivamente por decreto, de competência privativa do Presidente da República (art. 84, VI, c.c. art. 61, § 1º, II). Trata-se de um nítido exemplo de “decreto autônomo” expressamente autorizado e delimitado, o que exclui a sua aplicação a situações outras que não aquelas contempladas.

21. A Constituição francesa de 1958, por sua vez, além de delimitar as matérias da alçada da lei, é expressa ao afirmar que as demais, ainda que incluídas na lei, terão natureza regulamentar, podendo ser modificadas por decreto, ouvido o Conselho de Estado.⁹ Analisando a Constituição, a doutrina francesa mais abalizada não hesitou em afirmar que o “regulamento autônomo” não fora nivelado à lei.¹⁰ Na hierarquia dos textos jurídicos, continua subordinado à lei, devendo obediência a todos os comandos (constitucionalmente) inseridos no domínio da lei. A preeminência da lei, é importante frisar, é característica essencial de um Estado de Direito, “a realidade da ideia moral” (*die Wirklichkeit der sittlichen Idee*) a que se referiu Hegel.¹¹

22. Quanto ao fundamento existencial do regulamento, conforme o sistema, ele pode ser obtido diretamente na Constituição ou na lei, que autorizaria o seu exercício. No direito brasileiro, a regra do inciso IV do art. 84 da Constituição de 1988 permite concluir que, em geral, a competência para regulamentar a lei é privativa do Chefe do Executivo, que a auferi diretamente no texto constitucional, ainda que a lei silencie a esse respeito.¹² De acordo com o referido preceito constitucional, os instrumentos a serem utilizados pelo Executivo são o decreto e o regulamento, dicotomia que não encontra justificativa razoável, pois o segundo, o regulamento, costuma ser veiculado justamente pelo primeiro, o decreto. Como exceção à

⁸ *United States Supreme Court*, 343 U.S. 579, 1952.

⁹ Art. 37 da Constituição francesa de 1958. A inserção de qualquer temática na lei, como afirmou Waline, gera uma presunção do seu caráter legislativo, o que exige, anteriormente à edição do decreto modificador, o pronunciamento do Conselho Constitucional para que seja reconhecido o seu caráter regulamentar (*op. cit.*, p. 130).

¹⁰ Cf. LAUBADÈRE. *op. cit.*, p. 67 e 77; e Chapus, *op. cit.*, p. 661.

¹¹ *Recht, Staat, Geschichte*. Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, 1955, p. 338.

¹² Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 122.

competência privativa do Executivo, tem-se a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, I) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I) expedirem “atos regulamentares” em matérias de sua competência.

23. Tão logo editado e enquanto permanecer em vigor, o regulamento é regra de direito, vinculando, inclusive, o órgão responsável pela sua edição.¹³

24. Estabelecidas as premissas, é possível afirmar que o poder regulamentar outorgado ao CNMP não difere daquele diuturnamente exercido pelo Executivo. Principiando pelo aspecto gramatical, o poder reformador foi cauteloso ao utilizar a expressão “atos regulamentares”, o que, na essência, aponta para algo antecedente que deve ser regulamentado. As resoluções do CNMP não podem destoar ou fazer às vezes da lei.¹⁴ “Ato regulamentar” e lei são espécies do gênero ato normativo, possuindo finalidades específicas e uma força expansiva diferenciada.

25. Um observador mais ousado talvez sustentasse que não haveria óbice algum a que o tal “antecedente” fosse a própria Constituição da República, o que, por força de compreensão, nivelaria as resoluções do CNMP à lei, conferindo-lhes uma ampla liberdade de conformação. Ambos, resolução e lei, teriam o mesmo fundamento de validade: a Constituição. Essa conclusão, no entanto, dificilmente seria compatibilizada com (1) o princípio democrático,¹⁵ que confere à representatividade popular uma legitimidade diferenciada na produção normativa, e (2) a indelegabilidade da função legislativa, cláusula pétrea oponível ao próprio poder reformador,¹⁶ como aquele que originou a Emenda Constitucional nº 45/2004. Não bastasse isto, ainda padeceria de um pecado mortal: a falta de harmonia com o sistema constitucional. Afinal, como compatibilizar essa “senhoria normativa” do regulamento com a divisão de competências legislativas própria de um Estado Federal e a expressa exigência de lei em sentido formal, quer complementar, quer ordinária, para a disciplina de matérias afetas ao Ministério Público e aos seus serviços auxiliares (v.g.: regime estipendial, atribuições etc.)?

26. Face à inexistência de qualquer comando constitucional em sentido contrário, parece igualmente claro que os “atos regulamentares” expedidos pelo CNMP não foram alçados ao nível da lei. Como todo e qualquer regulamento, continuam a transitar no espaço deixado pela lei, permanecendo adstritos à divisão de competências estabelecida pelo texto constitucional. No caso do Ministério

¹³ Cf. MAYER. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴ “A Lei arranca a incondicionalidade do seu conteúdo e a irresistibilidade de sua eficácia de sua legitimação na vontade da comunidade; o regulamento não pode apresentar-se como vontade da comunidade, pois a Administração não é um representante da comunidade, é uma organização servil da mesma, do que resulta algo em essência distinto; no regulamento não se expressa uma hipotética ‘vontade geral’, senão que é uma simples regra técnica, ‘ocorrência dos funcionários’, a que órgãos simplesmente administrativos deram expressão definitiva. A Lei é a norma originária por excelência: dispõe desde si mesma, rompe o Direito ou as relações existentes, pode (dentro da Constituição) fazer tudo ‘menos transformar um homem em mulher’. Nada disso é próprio das determinações regulamentares, que mais se apresentam como complementares das Leis, como ‘execução’ (num sentido amplo) da Lei” (GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN-FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 182-183).

¹⁵ Art. 1º, parágrafo único, da CR/1988.

¹⁶ Arts. 2º e 60, § 4º, III, da CR/1988 e art. 25 do ADCT.

Público dos Estados, a União edita as normas gerais, os Estados, as normas específicas. As normas gerais delinham o alicerce estrutural de determinada matéria, traçando as diretrizes que nortearão a atuação do Poder Público, quer sob o prisma executório, quer sob a ótica da própria produção normativa. Por terem função diretiva, tais normas não devem esgotar a matéria que disciplinam ou mesmo avançar em pormenores que venham a anular a iniciativa dos demais entes, isto sob pena de as normas gerais se transmudarem em normas plenas. Assim, chega a ser farisaica (para não dizer infeliz) a tese de que as resoluções do CNMP buscam uniformizar o trato de certas matérias no âmbito dos Estados.¹⁷ Ora, a diversidade parece ser inerente àquilo que se convencionou chamar de Federação.

27. As resoluções do CNMP, assim, sequer podem ser vistas como “regulamentos autônomos”, já que o texto constitucional, diversamente ao que fez em relação às competências do Presidente da República, não relacionou um rol de matérias de sua alçada privativa. Limitou-se a afirmar que o poder regulamentar do CNMP seria exercido “no âmbito de sua competência”, não lhe sendo dado editar atos regulamentares em matérias não relacionadas no art. 130-A da Constituição da República e que não se destinem a “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”.

28. A sujeição das resoluções do CNMP (e do CNJ) à lei, conquanto clara à luz da dogmática e da sistemática constitucional, não foi, num primeiro momento, recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, em sede de cognição sumária, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, após reconhecer, em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a “força de diploma normativo primário”, o que poderia apontar para a obtenção do seu fundamento de validade diretamente na Constituição, parece tê-la inserido numa esfera imune à incidência da lei.

29. As circunstâncias inerentes ao referido julgamento são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que proscovia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o correlato pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Apesar de suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar ato normativo com o fim de proibir a prática.

30. Como afirmou o relator, a resolução deveria ser considerada uma “entidade jurídica primária”, pois “seguia imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma”. Após realçar que a lei é a fonte primária por excelência, ressaltou que a própria Constituição contemplou a existência de atos com força normativa que não a lei: a) as múltiplas competências

¹⁷ Explicação similar ornamenta o segundo considerando da Resolução nº 14/2006, do CNMP, que “dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Brasileiro”.

do Senado Federal¹⁸; b) as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo¹⁹; c) o regimento interno dos tribunais²⁰; d) o regimento interno dos tribunais de contas;²¹ e) os decretos autônomos, passíveis de serem editados pelo Presidente da República, que podem dispor sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.²²

31. Ao final, acresceu o eminente relator que o CNJ detém a competência implícita de editar atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, permitindo a adequação das instituições controladas, com a conseqüente prevenção da “irrupção de conflitos”. Diversamente ao que ocorre em relação ao Conselho da Justiça Federal²³ e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho,²⁴ não há disposição constitucional que imponha a atuação do Conselho Nacional de Justiça “na forma da lei”. A Resolução nº 7, ademais, encontra-se em harmonia com os princípios regentes da atividade estatal (impessoalidade, eficiência e igualdade), não sendo divisada qualquer antinomia.

32. A decisão do Supremo Tribunal Federal, como afirmamos em trabalho específico,²⁵ envereda por um grande número de polêmicas, que variam desde a legitimidade democrática à própria segurança jurídica dos destinatários das “normas primárias” do Conselho Nacional de Justiça e, por identidade de razões, do Conselho Nacional do Ministério Público. Naquilo que se relaciona mais diretamente ao nosso objeto de análise, é possível identificar quatro equívocos na decisão do Tribunal: 1º) afirmar, sem mais, que a Constituição é a base de validade da resolução, não resolve o problema da divisão de competências entre os entes federados; 2º) ainda que se reconheça que a base de validade do regulamento é a Constituição, não se pode afastar a sua submissão à lei, estando a conclusão contrária dependente de previsão expressa, não sendo suficiente o mero silêncio constitucional; 3º) as resoluções do CNMP não podem ser assimiladas aos decretos autônomos do Executivo, pois não refletem o exercício de competências privativas, ao abrigo da própria lei; e 4º) nenhum dos exemplos de atos normativos que não a lei, previstos na Constituição, foi expressamente intitulado de “ato regulamentar”.

33. Invocando a velha máxima de Maquiavel, tudo leva a crer que a nobreza dos fins almejados pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução nº 7 tenha levado o Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento da constitucionalidade do meio escolhido. Espera-se, no entanto, que a temática ainda seja objeto de maior reflexão, evitando que uma relevante parcela dos agentes públicos fique à margem do manto protetor do princípio da legalidade.

¹⁸ Art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, a e b da CR/1988.

¹⁹ Art. 62 da CR/1988.

²⁰ Art. 96, I, a, da CR/1988.

²¹ Arts. 73 e 75 da CR/1988.

²² Art. 84, VI, da CR/1988.

²³ Art. 105, parágrafo único, II, da CR/1988.

²⁴ Art. 111-A, § 2º, II, da CR/1988.

²⁵ “Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco”, in: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, vol. 23, nº 84, p. 143, abr./jun. 2006.

34. A análise da sistemática constitucional, como dissemos, permite afirmar que o poder reformador, ao criar o CNMP, outorgou-lhe uma atribuição, a de “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”, e lhe outorgou dois instrumentos: “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência” e “recomendar providências”. Os dois instrumentos estão finalisticamente voltados à satisfação da atribuição que lhes está atrelada: o CNMP poderá fazer uso do regulamento em havendo lei que lhe dê sustentação, e da recomendação na sua ausência. O regulamento é um ato normativo de caráter geral e de indiscutível imperatividade, a recomendação é um ato administrativo de caráter geral ou individual, com contornos essencialmente dispositivos, não vinculando os seus destinatários.

35. De qualquer modo, desde logo já se constata que a *ratio* do poder regulamentar do CNMP é proteger a autonomia das Instituições controladas, pois, de acordo com o léxico, “zelar” significa “tomar conta (de alguém) com o maior cuidado e interesse”.²⁶

36. Como afirmamos em outra oportunidade,²⁷ em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas. Autonomia, no entanto, não se confunde com soberania. A ideia de soberania indica o poder de estabelecer a normatização a ser observada em determinado território, sem que haja qualquer relação de subordinação a um estamento superior, bem como a aptidão do Estado em se relacionar com os demais na esfera internacional em uma posição de igualdade – ao menos jurídica. A soberania, em seu conceito clássico, que pouco a pouco vem sendo atenuado com a globalização e o imperativo respeito aos direitos do homem, era qualificada como “una, indivisível, inalienável e imprescritível”.²⁸ Diversamente da soberania, a autonomia não apresenta qualquer característica de originariedade, tendo os seus limites traçados pelo próprio poder soberano, no qual encontra o seu fundamento de validade. A autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

37. Constantino Mortati,²⁹ discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que:

tal termo, segundo o seu significado (do grego: autos – si próprio, nemein – governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses.

²⁶ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, verbete zelar.

²⁷ Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91/93.

²⁸ DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris: E. de Boccard, 1923, p. 85.

²⁹ *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II. 7ª ed. Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

38. Inerente e indissociável da noção de autonomia encontra-se a liberdade valorativa. Uma Instituição autônoma, como é o Ministério Público, observada a juridicidade, na qual se sobressaem a Constituição e as leis orgânicas, tem ampla liberdade para valorar as circunstâncias subjacentes à realidade e escolher a solução que melhor se ajusta às suas peculiaridades. Sem liberdade não há autonomia. Em consequência, o CNMP jamais poderia editar atos regulamentares que, longe de defender, restringissem a autonomia das Instituições controladas.³⁰

39. As disposições constitucionais não podem ser concebidas como partículas isoladas e indiferentes ao seu entorno: por possuírem idêntica natureza e ocuparem o mesmo plano hierárquico (sob a ótica jurídica, não axiológica), devem manter uma relação de harmonia e pacífica coexistência.³¹ A unidade constitucional explora as potencialidades da interpretação sistemática, permitindo sejam contornadas as múltiplas tensões dialéticas que se verificam na Constituição, fruto do seu caráter fundante e da estrutura essencialmente aberta de suas disposições.

40. Em prevalecendo o entendimento atualmente arraigado no âmbito do CNMP, no sentido de que suas resoluções podem se imiscuir livremente no plano administrativo, sem qualquer balizamento imposto pela autonomia das Instituições controladas, ter-se-ia de admitir, por identidade de razões, que seriam igualmente livres as incursões no plano da autonomia funcional, o que terminaria por afetar o próprio exercício da atividade finalística dos órgãos de execução. Esse argumento *a fortiori* decorre da constatação de que, na construção do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, os “atos regulamentares” instrumentalizam tanto o zelo pela autonomia administrativa, como pela autonomia funcional. Reconhecendo a sua aptidão para diminuir o raio de expansão da primeira, há que se admitir, por identidade de razões, a retração da segunda. Lembrando o dramaturgo Nelson Rodrigues, “nada é mais difícil e cansativo do que tentar demonstrar o óbvio”.

41. Numa perspectiva puramente teleológico-funcional, é possível identificar uma multiplicidade de atos passíveis de serem praticados pelos órgãos com atribuição no âmbito do Ministério Público. Podem se praticados atos de natureza (1) administrativa (v.g.: os atos de gestão emitidos em cumprimento da lei); (2) financeira (v.g.: o empenho das despesas realizadas); (3) funcional *stricto sensu* (v.g.: o exercício da atividade finalística inerente ao Ministério Público); e (4) puramente política (v.g.: a iniciativa do processo legislativo por parte do Procurador-Geral).

42. Os atos regulamentares, como se constata pela leitura do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, somente podem alcançar os atos de natureza administrativa e funcional, isso, obviamente, com o objetivo de assegurar a autonomia da Instituição. Face à própria sistemática constitucional, entendemos que os atos de cunho financeiro ora se enquadrarão sob a epígrafe mais ampla

³⁰ Na Resolução nº 14/2006, que “dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso”, o CNMP chegou ao extremo de definir que a Comissão de Concurso teria cinco membros (art. 3º) e que a prova preambular seria de múltipla escolha (art. 17, I).

³¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 83.

dos atos administrativos, ora sob a epígrafe dos atos políticos, o que os exime de qualquer balizamento (salvo o constitucional) nesse último caso.

43. A expedição de atos regulamentares voltados à salvaguarda da autonomia funcional, como soa evidente, não pode restringi-la e, muito menos, incursionar em aspectos afetos à independência funcional dos membros do Ministério Público, princípio constitucional que assegura o livre exercício da atividade finalística, mantendo-a imune a influências exógenas. Se o sistema jurídico, mais especificamente o art. 127, § 1º, da Constituição da República, autoriza que um órgão de execução formule livremente o seu juízo valorativo, não pode o CNMP restringir a independência funcional que lhe é inerente, isso com a criação de um mecanismo de controle interno que a lei não previu. Com isso, longe de assegurar a independência funcional, termina por maculá-la de modo intenso e visceral.

44. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, que conta com um “Estatuto da Magistratura”, de iniciativa do seu órgão de cúpula, o Ministério Público não possui um “Estatuto do Ministério Público Brasileiro” e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Nesse particular, a distinção é nítida. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa, sujeitando o Ministério Público Brasileiro a uma única e mesma lei, e da total ausência de regramentos comuns, optou por uma via intermédia. Em outras palavras, apesar de o Ministério Público da União e cada Ministério Público Estadual contar com a sua própria Lei Orgânica, foi estabelecido que os últimos deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, dispôs que seriam de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratassem da organização do Ministério Público da União, facultada igual iniciativa ao Procurador-Geral da República, ou que veiculassem normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (arts. 61, § 1º, II, d; e 128, § 5º). Acresceu, ainda, que leis complementares da União e dos Estados, observadas, em relação aos últimos, as normas gerais veiculadas pela União, estabeleceriam a “organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (art. 128, § 5º). Com isso, todo e qualquer ramo do Ministério Público teria uma lei complementar que o regeria. É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconheceu a diversidade como uma característica inerente ao Ministério Público. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias em que a norma geral assim o desejou.

45. A partir das premissas estabelecidas no item anterior, é possível afirmar que o objetivo do Conselho Nacional do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, jamais pode ser o de estabelecer uma “uniformidade deformante”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei, de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “uniformização” será alcançada à custa da “deformação” da ordem constitucional.

46. É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público. Ainda que não o seja sob o prisma ôntico, não é de se excluir, ao menos no plano argumentativo, a possibilidade de a União ampliar de tal modo as normas gerais que venha a reduzir, consideravelmente, a liberdade de conformação do legislador estadual. O que não nos parece possível é que o Conselho Nacional do Ministério Público, absorvendo competências próprias do Presidente da República e do Congresso Nacional, venha a ampliar o rol de “normas gerais” e, conseqüentemente, reduzir o alcance das leis complementares que regem cada uma das Instituições estaduais.

47. É factível, portanto, que as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público: (1) estão objetivamente delimitadas pela esfera de competência do colegiado; (2) não podem afrontar a Constituição e a lei, federal ou estadual; e (3) estão finalisticamente comprometidas com o zelo pela autonomia funcional e administrativa das Instituições controladas, não podendo reduzir a liberdade valorativa que o sistema lhes assegura e muito menos incursionar em seara reservada à lei (*v.g.*: aumentando remunerações ou criando atribuições para os órgãos da Instituição).

III

48. Pelas razões expostas, o parecer é no sentido de que a Resolução CNMP nº 126/2015, ao introduzir um art. 9º-A na Resolução CNMP nº 23/2007, não se mostra compatível com a ordem constitucional.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2015.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Luiz Fabião Guasque

**Coordenadoria de Entidades do 3º Setor.
Providências Decorrentes de Controle Finalístico
de Atividades Realizado em 12/11/2013, e Publicado
no Site do Ministério Público do Estado do Rio de
Janeiro.**

PARECER e Pedido de Providências.

Irregularidade de constituição e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP – RJ. Qualificação como Organização Social, nos termos da Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, em contraste com a competência legislativa privativa da União para legislar sobre: “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades” (art. 22, inciso XXVII da C.R.). Escolha para qualificação como Organização Social e posterior contratação sem processo licitatório. Objetivos da entidade fora das hipóteses casuísticas da Lei Federal nº 9.637/1998, que como expressão de competência privativa da União determina que: as “atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, (art. 1º). Objetivos fora dos parâmetros legais fixados na lei federal de competência privativa da União. Inconstitucionalidade da Lei estadual em contraste com a Constituição da República. Inconstitucionalidade também da lei estadual em contraste com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe procedimento licitatório no seu art. 77, inciso XXV: *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes*. Necessidade de controle por ação direta no Tribunal de Justiça do Estado e no Supremo Tribunal Federal. Distribuição à Promotoria de Tutela com atribuição para a matéria. Pedido de Providências.

Exmo. Sr. Procurador-Geral,

Em virtude de visita às instituições sem fins lucrativos que figuram na relação do nosso site, constatei a irregularidade e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP-RJ, pelos fundamentos jurídicos alinhados, razão do requerimento das providências ao final formuladas.

A Inconstitucionalidade da Lei Estadual.

Estabelece o art. 22, inciso XXVII da Constituição da República, quando trata da competência privativa da União:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*, obedecido o disposto no art. 37, XXI¹, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Dentro desta expressão “normas gerais de licitação e contratação *em todas as modalidades*” se insere a criação de Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998, que: “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências”.

A criação destas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações Sociais ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é disciplinada pelas Leis Federais números 9.637/1998 e 9.790/1999, e representa novas modalidades de descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, e por constituírem exceção, suas possibilidades devem ser interpretadas restritivamente, bem como sua constituição e funcionamento devem seguir os princípios da Administração Pública descritos no art. 37 da Constituição da República: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Nesse sentido, a lei federal como expressão de competência privativa da União, restringe a possibilidade de qualificação de Organizações Sociais apenas para aquelas: “cujas atividades sejam dirigidas ao *ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*”, conforme estabelecido no seu art. 1º:

¹ XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 1º – O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas *ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*, atendidos aos requisitos previstos nesta lei.

Tratando-se de *competência privativa*, este modelo não pode ser alterado no Estado membro, que apenas pode regulamentar essas hipóteses, *sem criar outras*.

Afirma-se isso, pela singela razão de que é esta a fundamental diferença entre a competência legislativa privativa e a concorrente prevista na Constituição da República dentro do nosso modelo federativo de divisão de competências, onde o exercício da primeira compete apenas à União para aquelas matérias e objetivos que estabelece, e a outra, para exercício em concurso com os Estados e o Distrito Federal.

Note-se, que a própria lei federal, como expressão desta competência legislativa privativa cria o “Programa Nacional de Publicização”.

Determina o art. 24 da Constituição da República:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

Tratando-se de competência concorrente, as normas da União podem ser acrescidas de outras hipóteses de interesse dos Estados ou do Distrito Federal, pois o parágrafo primeiro deste artigo determina que: “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Isto não ocorre na competência privativa, pois nesta hipótese, existe uma reserva de matéria em relação à competência legislativa da União, posto que privativa.

Embora fale em “normas gerais” no inciso XXVII do art. 22, sua natureza privativa, tem como sentido teleológico apenas de possibilitar a *regulamentação dos procedimentos aos demais entes federados*, ao contrário da competência legislativa concorrente, que autoriza a *complementação das regras gerais estabelecidas pela União, desde que não confrontem com as mesmas*.

Nesse sentido, quando a União edita a lei federal no exercício da sua competência privativa, ficam delimitadas as hipóteses que vinculam o Estado e o Distrito Federal quando realizam contratações.

Se a qualificação de uma Organização Social para desenvolver projeto do Estado membro é uma delas, esta exceção só pode seguir o modelo da lei federal que é expressão da competência privativa da União.

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012 contrasta com a divisão de competências estabelecida na Constituição da República, pois: “dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais, *no âmbito da geração de emprego e renda*, mediante contrato de gestão, e dá outras providências”.

Desta forma, claramente invade a esfera de competência legislativa privativa da União, ao prever modalidade de criação de Organização Social *para atuar em área não autorizada pela lei federal*.

Esta a 1º irregularidade de constituição do IBAP-RJ, posto que tem como fundamento lei estadual, por esta razão, inconstitucional.

A previsão de dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços.

Estabelece o art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com nova redação determinada pela Lei nº 9.648/1998:

Art. 24 – É dispensável a licitação:

XXIV – *para a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.*

Mesmo que criada a Organização Social dentro dos parâmetros legislativos da competência privativa da União estabelecida na Constituição da República, a qualificação para constituir-lhe a situação jurídica de O.S. deve seguir a regra geral da licitação, ou seja, concurso por edital para escolher as organizações sem fins lucrativos com “natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação”, (conforme a letra “a” do art.2º, do inciso I da Lei nº 9.637/1998²), para serem qualificadas como Organizações Sociais.

Esta exigência, já prevista no art. 37 XXI da Constituição da República, é repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro no seu art. 77, inciso XXV, no que respeita a contratação dos serviços da associação civil sem fins lucrativos:

Art. 77 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de *qualquer dos Poderes do Estado* e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

XXV – *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes, com previsão de atualização monetária para os pagamentos em atraso, penalidades para os descumprimentos contratuais, permitindo-se, no ato convocatório, somente as exigências de qualificação técnica, jurídica e econômica – financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Esta a regra geral a que se submete a associação civil sem fins lucrativos, para ser qualificada como Organização Social, o que não foi observado, como se constata pela publicação dos atos de constituição no Diário Oficial em anexo.

² Art. 2º – São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social.

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, ao estabelecer a possibilidade de constituição de Organização Social para prestar serviço ao Estado, *sem licitação*, contrasta com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe este procedimento para a escolha da entidade.

Uma vez escolhida a entidade após o certame público, serão realizadas as alterações estatutárias para adequá-la aos ditames da lei federal, e após, celebrado o contrato de gestão para o desenvolvimento dos projetos do Poder Público.

Feito isso, *poderá aí sim, realizá-los, sem necessidade de licitação como possibilita a Lei Federal nº 8.666/1993.*

Se não bastasse, da simples leitura do estatuto do IBAP-RJ, bem como dos atos de sua qualificação publicados no Diário Oficial, se infere claramente:

1º – ausência de participação em processo de licitação para qualificação de entidades que se habilitem a funcionar como OS, com base em lei do Estado do Rio de Janeiro;

2º – *inobservância da exigência da lei federal no que respeita a natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação*, o que se constata pela simples leitura das finalidades do IBAP-RJ, descritas no seu estatuto nos arts. 5º, incisos I a XXII e 6º, onde no seu *caput* traz a possibilidade residual de “exercer todas as atividades que julgar convenientes”, além de outras descritas nos incisos de I a VII do mesmo artigo.

Conclusão:

Por estas razões, o IBAP-RJ pode ser descrito, como o que é denominado no âmbito do 3º setor, como uma “empresa chapa branca”, posto que:

1. Criada pelo próprio governo do Estado do Rio de Janeiro, à revelia da lei federal no que diz respeito a matéria, ou melhor, ao objeto da atividade;
2. Constituição sem certame licitatório aberto a outras entidades sem fins lucrativos, em afronta ao comando ao art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Face a ilegalidade e inconstitucionalidade de sua constituição, presta serviços sem licitação, o que lhe confere uma viabilidade econômica estupenda, haja vista que recebeu só neste ano de 2013 R\$ 22 milhões de reais da Secretaria de Trabalho e Renda do Estado do Rio de Janeiro, conforme informado pela mesma, (Entidade Repasses Estado – 2013 – Secretarias com repasse), e publicado no sítio do Ministério Público do Rio de Janeiro (ONGs de Parceria).

“Programas

1. Projeto de Apoio aos Centros Públicos de Emprego, Trabalho e Renda. Engloba 66 postos de atendimento.

2. Rio Poupa Tempo – Centros de Prestação de Serviços Públicos Centralizados para Carteira de Trabalho; Seguro Desemprego, abrangendo cerca de 180 tipos de serviços que vão desde a 2ª via da carteira de trabalho, até atendimento de PROCON etc.

Tem 3 unidades de atendimento: Central; Cantagalo (Ipanema) e Carioca.

Beneficiários.

1. 85 mil pessoas/mês em média aproximada.

2. 280 mil pessoas/mês em média aproximada”.

Fora isso, “ realiza um contrato com a União através do Instituto Nacional de Cardiologia, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO”.

Estamos aguardando a informação da Receita Federal sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, haja vista expedição de ofício nesse sentido.

Constatado isso, em decorrência do projeto de transparência do 3º setor que está sendo implantado no âmbito desta Coordenadoria, sugiro a V. Exa. as seguintes providências:

1. Cópia de todo este procedimento e remessa, por distribuição, a Promotoria de tutela coletiva da capital;
2. Mesma providência para a Assessoria de Direito Público para a análise sobre o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2013, por afronta a preceito do art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Mesma providência, visando a representação de inconstitucionalidade ao Procurador Geral da República, face a invasão da lei estadual à competência legislativa privativa da União;
4. Ciência ao ilustre Sub Procurador de Direitos Humanos e 3º Setor Dr. Ertulei Laureano Matos, bem como ao Subcoordenador das Promotorias de Tutela Coletiva da capital, Dr. Frederico Albernaz, a ambos por e-mail, com cópia anexa deste parecer e pedido de providências.
5. Em virtude de estarmos aguardando a comunicação da Divisão de Fiscalização da Fazenda Nacional, sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, faça-se cópia deste procedimento para a juntada das informações faltantes. Após voltem.

Cumpra-se.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2014.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

Procurador de Justiça

Coordenador de Entidades do 3º Setor

Parecer Ministerial em Processo Judicial. Ação Rescisória Fundamentada no Inciso V do Art. 485 do Código de Processo Civil. Pleito Rescindendo que se Mostra Infundado, eis que Inocorrente Qualquer Violação aos Dispositivos Legais e Constitucionais Apontados na Inicial. A Disciplina da Lei Complementar nº 20/1974 Exauriu Toda Questão Patrimonial Afeta à Fusão entre o Estado da Guanabara e o Antigo Estado do Rio de Janeiro, Sendo a Partilha de Bens Efetivamente Implementada por Força da Referida Legislação Complementar.

Nilo Augusto Francisco Suassuna

EXMO. SR. DR. TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Recurso Especial 0226110-2.8.19.0001

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Procurador de Justiça Titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal dessa Corte, possuindo atribuição concorrente com a chefia do *Parquet* Estadual, para recorrer às instâncias superiores, e inconformado com a r. decisão dessa Egrégia Terceira Vice-Presidência que inadmitiu seu RECURSO ESPECIAL, vem a Vossa Excelência, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8038, de 28 de maio de 1990, c/c o art. 544 do CPC, e Resolução nº 7/2010, do E. STJ, interpor

AGRAVO

consoante as razões em anexo, requerendo, após aberta a oportunidade para a apresentação de resposta ao agravado, o seu encaminhamento ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

RAZÕES DE AGRAVANTE

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: MOACYR FIRMINO DOS SANTOS

COLENDAS TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÍNTESE DA QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A defesa técnica de Moacyr Firmino dos Santos interpôs recurso de apelação contra a sentença de fls. 183/187, prolatada pelo MM. **Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital**, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, o condenando nas penas do art. 217-A (duas vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal, aplicando-lhe pena de **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, reprimenda a ser cumprida inicialmente em regime fechado**. Irresignada com a decisão, a defesa técnica do ora apelante postulou às fls. 229/252 a reforma da sentença visando a absolvição do acusado, **por ter sido induzido a erro de tipo e diante da capacidade de discernimento da vítima, relativizando-se o conceito de vulnerabilidade**, considerando-se ainda que não há suporte probatório suficiente para a condenação. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal. O recurso de apelo foi contrarrazoado pelo Ministério Público às fls. 259/269, pugnando pelo conhecimento e desprovemento do recurso defensivo.

A Colenda 8ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade, proveu o apelo defensivo, **para absolver o acusado do estupro de vulnerável, de uma jovem com apenas 13 anos e 2 meses de idade, ao tempo dos fatos criminosos, sob o singelo argumento de que restou demonstrado o erro de tipo em que teria incidido o agente criminoso, e por isso seria aplicável a relativização da vulnerabilidade, elementar do tipo penal do art. 217-A do Código Penal**.

Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora, consoante ementa do Acórdão, adiante transcrita:

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU POR RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE OU PELA CONFIGURAÇÃO DO ERRO DE TIPO.

REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, A FIXAÇÃO DA PENA DE PISO NO PATAMAR MÍNIMO, O AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.

Recurso conhecido e provido para absolver o apelante.

Apelado que, segundo a denúncia, por duas vezes, teria praticado conjunção carnal com adolescente, de treze anos, mediante o seu consentimento.

Suficiência probatória – Nos crimes sexuais a palavra da vítima possui especial relevância. No caso dos autos, a adolescente narrou de forma coerente como a conduta ocorreu. Assim, o conjunto probatório é suficiente e idôneo para demonstrar a prática dos atos sexuais. Relativização da vulnerabilidade e erro de tipo.

As provas dos autos demonstram que a adolescente possuía plena capacidade de se autodeterminar quanto ao exercício de sua sexualidade, portanto, não é detentora da vulnerabilidade que o legislador procurou proteger. Não há dúvida que o réu atuou em erro de tipo, eis que desconhecia a verdadeira idade da vítima, não lhe sendo possível sequer presumir ser a adolescente menor de 14 anos, diante da sua complexidade física, desenvoltura com a sua sexualidade e maturidade superior à idade cronológica, como declarado pela própria genitora.

Recurso conhecido e provido para absolver o apelante.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a* Constituição da República, para que seja reformado o v. acórdão, sustentando negativa de vigência e contrariedade ao **artigo 217-A do Código Penal, pois decidindo** dessa forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência ao Direito Federal, dando-lhe interpretação totalmente divergente da consolidada Jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Daí a interposição do presente Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, para que seja reformado o v. acórdão, restabelecendo-se os termos da sentença penal condenatória.

A DECISÃO RECORRIDA

A 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme r. decisão de fls. 349/364, deixou de admitir o Recurso Especial pelos seguintes fundamentos, aqui sintetizados:

1 – o exame do recurso revela que a parte pretende debater em sede de recurso especial, por via transversa, matéria fática, promovendo o reexame da prova, incidindo o óbice da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça;

2 – a decisão objurgada estaria na conformidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores, incidindo o óbice da súmula 83 do STJ, aplicável à hipótese ventilada na negativa de vigência da lei federal, consoante a interpretação formulada pela Corte Superior.

Em face dessa decisão foi interposto o presente Agravo.

TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO

O Ministério Público foi intimado da decisão recorrida, consoante carta de intimação eletrônica expedida em 03/02/2014, tendo a decisão de não admissão sido publicada na mesma data (**e doc 00355**). De qualquer forma, o Ministério Público, dá-se por intimado da r. decisão ora agravada, nos termos do artigo 186 do Código de Processo Civil, a partir desta data, buscando dar maior celeridade ao exame da matéria, sendo portando **tempestivo** o recurso.

Por outro lado, expressa é a disposição do artigo 28 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990: *“Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.”*

DAS RAZÕES PELAS QUAIS O RECURSO ESPECIAL DEVE SER CONHECIDO E PROVIDO

Atendidos estão todos os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo ora Agravante, com fulcro no artigo 105, III, *a* da Constituição Federal, merecendo a r. decisão agravada ser modificada, com o posterior provimento do Recurso Especial.

Inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ ao Caso Concreto

O reexame da prova, conforme o enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, escapa aos objetivos do Recurso Especial.

Vale destacar, no entanto, que não há como se confundir reexame de prova com interpretação da lei material. *In casu*, o que se discute não são os critérios adotados pela decisão recorrida, **mas sim a valoração jurídica dos fundamentos adotados pelo Acórdão prolatado pelo órgão fracionário do Tribunal de Justiça.**

O *v. acórdão* impugnado avaliando equivocadamente a prova produzida, em evidente *error in iudicando*, absolveu o acusado das graves imputações de crimes contra a dignidade sexual (estupros) praticados contra a vítima T. F. B., afastando a incidência do tipo penal incriminador do artigo 217-A do Código Penal, sendo inquestionável que a vítima possuía apenas 13 (treze) anos e 2 (dois) meses naquela ocasião, ainda que a cópula sexual tenha sido consentida pela menor.

Desta forma, inquestionável que tendo o Acórdão recorrido desprezado a forte prova produzida, que demonstra terem os fatos criminosos ocorrido da forma narrada na denúncia, de maneira incontroversa, **as questões levadas ao exame dessa Corte Superior são manifestamente de direito, não se tratando de mero reexame da prova.**

O julgamento colegiado, como se verá, contrariou e negou vigência ao tipo penal incriminador do artigo 217-A do Código Penal, vigente ao tempo

dos fatos, ao acolher a tese de erro de tipo – relativização da elementar da vulnerabilidade – em absoluto desalinho com os fatos imputados, que são incontroversos, não havendo a menor dúvida de que a ofendida possuía 13 anos de idade naquela ocasião, fato de pleno conhecimento do acusado, questão incontroversa no processo, e portanto, sendo o seu assentimento para a prática de relações sexuais absolutamente irrelevante para o Direito Penal, já que trata-se de pessoa imatura e ao amparo da legislação em vigor, considerada pela lei penal como pessoa vulnerável.

Desde já, repita-se, a questão a ser discutida é meramente jurídica, já que os fatos são incontroversos, não havendo a menor dúvida razoável de que o acusado tinha plena consciência de que a ofendida, ainda que tenha assentido com as práticas sexuais, era menor de 14 anos de idade, e não tinha capacidade para tal ato volitivo, daí resultar a conduta em crime de estupro de vulnerável.

Ora, estabelecer o alcance sobre fatos incontroversos em ordem a fazer incidir determinada norma legal afigura-se como *quaestio juris*.

Em verdade, a qualificação jurídica de fato certo é matéria de direito, perfeitamente adequada ao exame em sede de recurso especial, máxime diante excepcionalidade do caso concreto, como se verá adiante.

Ora, estabelecer o alcance sobre fato incontroverso em ordem a fazer incidir determinada norma legal afigura-se como *quaestio juris*.

Em verdade, a qualificação jurídica de fatos certos – hipótese que é a dos autos – encontra lugar em sede especial, consoante pacificado nesse *E. Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 52/131; REsp. 1.800- PR, Rel. Min. Gueiros Leite, DJU 28.5.90, p. 4.731; REsp. 3.199-MG, Rel. Nilson Naves, DJU 09.10.90, p. 10.894; RSTJ 27/303; REsp. 21.125-0-MS- EDcl, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 31.8.92, p. 13.646)*.

Se é assim, as súmulas *07-STJ e 279-STF* não impedem a admissibilidade do recurso.

Nessa linha, vale acentuar, a posição do Professor José Carlos Barbosa Moreira¹:

Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão somente a revisão in iuri, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez. Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica dos fatos, de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como

¹ Moreira, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, vol. 5, 9ª ed., p. 589-590.

inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes (grifos nossos).

Ainda sobre o tema, ensina Barbosa Moreira²:

É também quaestio iuris a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se trata de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e, portanto, com violação do art. 5º, nº LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário.

O tema foi igualmente abordado pelo magistério de Athos Gusmão Carneiro³, com conclusão semelhante:

Cumpra anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, v.g., a aferição da data em que ocorreu determinado evento (Boletim do STJ, nº 02/98, p. 47).

Nesse jaez, “a questão da valorização da prova, no entanto, surge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo.

A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em voto proferido no RE 84.699, consoante excerto ora se transcreve:

O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo

² *Op. cit.*

³ Carneiro, Athos Gusmão, *Recurso Especial – Agravos e Agravo Interno*, Forense, 2ª ed, p. 24.

ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha comprovado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui basto certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende a lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do jus constitucionis.

Ainda nesse desiderato, decidiu o STJ, no Resp. 142.616, Rel. Min. Barros Monteiro, “a chamada ‘*valorização da prova*’ a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório...” (4ª Turma, ac. De 13.02.2001, DJU de 09.04.2001, p. 365).

A orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificada sobre o tema examinado, conforme se vê dos arestos a seguir ementados:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967.

2. *Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada.*

3. *Tipicidade da conduta reconhecida.*

4. *Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 679499/AM; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2004/0102813-9. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. 5ª Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 9/06/2008.”*

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: “Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima.” Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório.*

2. *Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de “subtrair”, podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apreensão ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranquila. Dessa forma, a posse tranquila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranquila da res.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 859952/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122703-0. Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). 6ª Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/06/2008.”*

Portanto, o que se pretende no apelo extremo é simplesmente revalorar juridicamente os argumentos do acórdão, pois equivocadamente admitiu o erro de tipo para relativizar a elementar da vulnerabilidade, integrante do crime descrito no art. 217-A, do Código Penal, ao arrepio da prova inequívoca dos fatos imputados, conforme se vê dos depoimentos integrantes da mídia eletrônica que integra o processo em sua raiz de documentos (com fácil visualização na consulta às etapas do processo no primeiro grau de jurisdição). E sendo tal tarefa absolutamente pertinente ao caso concreto, conforme demonstrou-se acima, admitida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, a hipótese é de absoluta pertinência no âmbito do recurso especial, a fim de permitir a pacificação no plano nacional do tema jurídico, que é extremamente relevante, já que atinge de chofre a

questão da relativização ou não do conceito de vulnerabilidade do menor de 14 anos, quando consente na manutenção de conjunção carnal com pessoas penalmente imputáveis.

Ademais, a repercussão social do tema é inequívoca, ainda que não seja requisito do recurso especial, diante de sua importância jurídica e social, reforça a admissibilidade do apelo extremo.

Da Inaplicabilidade do Verbete de nº 83 do STJ ao Caso Concreto.

Equívocou-se, *data venia*, a ilustrada Terceira Vice-Presidência da Corte local ao fundamentar a denegação do apelo extremo (recurso especial), ao argumento de que a orientação Jurisprudencial da Corte Superior, responsável pela pacificação do direito no plano nacional, teria se firmado no sentido adotado pelo acórdão do órgão fracionário inferior. Como cediço, e antes apontado neste recurso de agravo, é perfeitamente possível a reavaliação jurídica dos argumentos do acórdão, como se vê a seguir exemplificado.

E ainda especificamente em hipóteses assemelhadas, confira-se a Jurisprudência do Tribunal Cidadão:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. FORMA SIMPLES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI Nº 8.072/90.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO.

I – Consoante a mais recente orientação jurisprudencial, constituem os crimes de atentado violento ao pudor e estupro, ainda que perpetrados em suas formas simples e com violência presumida, em crimes hediondos, submetendo-se o condenado por tais delitos ao cumprimento de pena sob o regime integralmente fechado, a teor do disposto na Lei nº 8.072/1990 (Precedentes do STF e do STJ).

II – Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos. A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial. (Precedentes).

III – Eventual erro na imputação legal pode ser corrigido no momento da sentença ex vi art. 383 do CPP, sem causar prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, pois os réus se defendem dos fatos descritos na denúncia.

IV – Com a entrada em vigor da Lei nº 11.106/2005 que, entre outras providências, revogou o inciso III do art. 226 do Código Penal, resta prejudicado, neste ponto, o presente recurso.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 765.593/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 468).

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO QUE DESCLASSIFICA O DELITO PARA A FORMA TENTADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO.

1. Embora o acórdão de apelação, reformando sentença condenatória, tenha desclassificado os delitos de atentado violento ao pudor para a forma tentada, a questão refere-se à valoração jurídica dos fatos, perfeitamente possível em sede de recurso especial.

2. Em nosso sistema penal, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o delito com o contato físico entre o agressor e a vítima.

3. Inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.

4. O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados antes da edição da Lei nº 12.015/2009, são hediondos. Precedente - REsp nº 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia.

5. Declarada, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, devem ser observados, na fixação do regime prisional, os parâmetros do artigo 33, §§2º e 3º do Código Penal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, impõe-se estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do acusado, não reincidente e condenado à sanção definitiva de 7 anos de reclusão.

7. Diante do quantum da pena, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inc. I, do Código Penal, que veda a benesse quando a sanção for superior a 4 anos de reclusão.

8. Recurso da Defesa a que se nega provimento, e recurso do Ministério Público provido, em parte, a fim de, reconhecida a modalidade consumada dos delitos, fixar a pena do acusado em 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

(REsp 1313369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013).

Em verdade o acórdão do ilustrado órgão fracionário da Corte local negou vigência ao artigo 217-A do Código Penal, a pretexto de relativizar o conceito do novo crime de estupro de vulnerável, diante da redação na novel legislação, não se tratando de simples reexame de matéria de fato, e sim de reavaliação jurídica do posicionamento da Corte local, matéria de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do permissivo constitucional.

NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL (NORMA INCRIMINADORA INSERIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELO ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009), E VIGENTE AO TEMPO DAS PRÁTICAS CRIMINOSAS.

Dispõe o artigo 217-A do Código Penal, na redação introduzida pela Lei nº 12.015/2009, e vigente ao tempo dos fatos imputados ao acusado:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena- reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.

Com efeito, o Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente a norma penal contida no dispositivo legal em destaque, visto que os fatos imputados restaram incontroversos ao longo da instrução criminal, tendo sido desprezadas por completo as provas contundentes produzidas, as quais conferem certeza a respeito da ocorrência dos mesmos.

De fato, o depoimento prestado em juízo pela vítima T. torna certo que o acusado tinha plena ciência de que esta era menor com 13 anos de idade, e não tinha experiência sexual, pois inclusive era virgem, como deixa inquestionável a prova pericial e laudo psicológico. Aliás, em nenhum momento da inquestionável prova, há qualquer dúvida sobre essa ciência inequívoca do acusado: tinha certeza que a ofendida era menor de 14 anos, inclusive a menor usava trajes escolares de escola pública diurna que frequentava. Ademais, a jovem, de origem pobre, trabalhava no bar administrado pela mãe, em Jacarepaguá, servindo comidas e bebidas na parte da manhã, local aonde conheceu o acusado. Após breve relação de amizade de cerca de três meses, começou a sair com o acusado, homem experiente e galanteador, que

possuía um carro de grande porte, e passaram a ter envolvimento afetivo breve. Conforme inequívoca prova, descrita e esmiuçada na sentença penal condenatória, a jovem faltou a aula no Colégio público na Barra da Tijuca, para ir ao encontro do acusado, com quase 30 (trinta) anos de idade, e na casa dele, consentiu na prática de conjunção carnal, repetida mais uma vez em outra ocasião próxima.

Apesar da negativa de autoria do acusado, travestida de alegação defensiva de erro de tipo, tal tese é absolutamente afastada do panorama probatório dos autos, sendo mera argumentação falaciosa, a fim de respaldar a equivocada absolvição por erro escusável quanto à idade da vítima.

Portanto, a hipótese é de reavaliação jurídica dos argumentos do acórdão que simplesmente acatarem a tese defensiva secundária, em absoluto arrepio da prova dos autos, para acolher erro de tipo escusável ou inevitável, quando tudo que foi apurado durante a instrução probatória, aponta para a prática de relações sexuais pelo acusado, homem maduro, que possuía inclusive companheira e filho, com a menor impúbere, quase pré-adolescente, que acabara de completar seus 13 anos de idade, e inclusive trajava uniforme escolar quando ingressou na casa do acusado para a prática de atos sexuais.

Não há lugar para o reconhecimento do erro de tipo, de molde a afastar o dolo, pois o agente tinha a plena convicção de que a jovem era menor, e menor de 14 anos, vale a repetição, estava na escola pública cursando a sétima série, e contava com a sua cumplicidade para encobrir e não tornar público aqueles atos, para evitar a responsabilização criminal (na inquisa, ver sua versão quando admite que sabia que a ofendida tinha 13 anos de idade – e – doc. 00023- fls. 19/20).

Aproveitou-se da jovem, então com 13 anos de idade, para desvirginá-la, como constatou o auto de exame de corpo de delito – conjunção carnal – de fls. 12/13.

A sentença condenatória afastou a tese do erro de tipo escusável, de forma muito bem fundamentada, consoante se vê do excerto ora transcrito, para facilitar a reavaliação jurídica necessária ao caso concreto, pedindo vênua, para a transcrição (e-doc. 00201 – fls. 183/187 do original):

“.....(....)

Ademais, não é crível a alegação de erro de tipo escusável.

‘Não há dúvidas na consciência desta Julgadora de que o Réu tinha plena ciência da idade da vítima, mormente por frequentar o local de trabalho de sua genitora... T., trajando uniforme escolar, se encontrava com ele. Ademais, Moacyr aduz no interrogatório que manteve uma “amizade” com a vítima por três ou quatro meses. Conversaram em diversos momentos. Desta feita, tenho que qualquer homem de idade aproximada

a do Réu, isto é, quase 30 (trinta) anos, perceberia, pelo vocabulário, comportamento e concatenação de ideias, que T. era praticamente uma pré-adolescente... “(...)

Saliente-se que, em se tratando de delitos contra a liberdade sexual (estupro), agora conceituados como crimes contra a dignidade sexual, por serem crimes clandestinos, a jurisprudência é categórica em atribuir especial relevância à versão da vítima, motivo pelo qual o depoimento da ofendida não poderia ter sido desconsiderado no presente caso. A Jurisprudência dessa Corte é remansosa, conforme se vê do extrato ora copiado:

“A palavra da vítima, em sede de crime de estupro (...), em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios (Precedentes)”. HC 98093/SC, 5ª T., relatoria do Min. Félix Fischer, DJ 12/05/2008, p. 1.

A contundente prova, repita-se, inequívoca, evidencia outrossim, com clareza solar, que os fatos imputados efetivamente ocorreram, e que o acusado tinha plena consciência da idade da menor, e sua vulnerabilidade, presumida pela lei, não sendo admissível que o Tribunal *a quo* negue a sua existência. Assim sendo, o Tribunal *a quo*, ao negar a ocorrência dos crimes descritos na denúncia, apesar dos fatos narrados serem incontroversos, incorreu em flagrante erro de qualificação jurídica dos mesmos e, sendo certo que controvérsias acerca da qualificação jurídica de fatos constituem questões de direito, perfeitamente viável é o seu reexame em sede de recurso especial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados dessa Corte Superior:

“Recurso especial.

Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados.”

(AgRg nos EREsp 134108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999 p. 36)

“RECURSO ESPECIAL. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao quantum fixado a título de indenização, in casu, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto nº 10. 251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei nº 4.771/1965, bem como os Decretos nº 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

Recurso especial provido. Decisão unânime.”

(REsp 196456/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2001, DJ 11/03/2002 p. 219).

Conforme anota Luiz Orione Neto (*Recursos Cíveis*, Ed. Saraiva, 2009, p. 452), o Supremo Tribunal Federal posiciona-se na mesma linha:

Nesse sentido, expressivos julgados do STF: “O exame da prova pode dar ensejo ao recurso extraordinário quando o juiz delira das diretrizes da lei, quanto à eficácia em tese de determinada prova, porque, neste caso, a questão é simplesmente de juris’. “Sabe-se que a incidência da lei federal pode ser afastada pelo deixar-se de aplicá-la ao fato em que é aplicável, como também pode ser afastada pelo definir-se erroneamente o fato em que, definido fosse com acerto, ela incidiria”.

Ademais, o Ministério Público, resumiu bem a prova, consoante se vê do excerto do Parecer, ora transcrito:

“Não assiste razão à defesa, eis que as provas trazidas pela acusação são robustas. A materialidade do delito foi comprovada pelo Registro de ocorrência às fls. 03/04, pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito de Conjunção Carnal e Ato libidinoso às fls. 12/13, além dos depoimentos de testemunhas e da vítima.

Por outro lado, quanto à autoria, não restaram dúvidas diante dos depoimentos prestados em sede judicial e policial. Narra a vítima

que conheceu o acusado no negócio de sua mãe, um bar, onde a vítima ajudava a servir café da manhã e almoço. Após, a vítima começou a se encontrar com o acusado em seu carro após a escola por diversas vezes e, em dado momento, o acusado chamou a vítima à sua casa, o que ocorreu duas vezes durante o horário de sua aula, e nas duas vezes teriam tido relações sexuais. A vítima afirma também que não havia tido relações sexuais anteriormente, que tinha 13 (treze) anos à época dos fatos e que o acusado teria usado preservativo em ambos os atos sexuais.

Do mesmo modo, narra a testemunha João Batista Felix Barbosa, pai da vítima, que esta morava e trabalhava com a sua mãe, que tinha uma cantina. A vítima teria lhe contado que conheceria o acusado na cantina e aproximou-se dele após uma festa, tendo iniciado um relacionamento, trocando mensagens e telefonemas. Ambos teriam tido encontros no carro do acusado, sendo que duas vezes se encontraram na residência do réu, a pedido deste, momento em que teriam tido relações sexuais. Ademais, informa que a mãe da vítima, após a descoberta do ocorrido, teria recebido ameaças de morte por telefone.

Cabe ressaltar ainda que todos os depoimentos confirmam o que foi relatado pela vítima, sendo harmoniosos e uníssonos, apontando o réu como autor do delito perpetrado.

Desta feita, não restam dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito. Apesar da negativa do réu em juízo, e dos depoimentos das testemunhas da defesa, desalinhados do conjunto probatório, a defesa não logrou trazer elementos de prova que desconstituísem os demais depoimentos prestados e as provas coligidas.

Assim, diante de robusto conjunto probatório, os elementos do processo estão aptos a ensejar o decreto condenatório quanto ao crime do art. 217-A do Código Penal.

Incabível, a tese defensiva de relativização da vulnerabilidade da vítima, alegando ter esta consciência do ocorrido, tendo aceitado a prática do ato sexual, como afirmado em seu depoimento em juízo.

A esse respeito, primeiramente cumpre salientar que a violência como elementar do tipo de estupro de vulnerável, na hipótese, é a violência presumida, em face da menoridade da ofendida, pois era menor de quatorze anos ao tempo dos fatos imputados, nos termos do art. 217-A, do Código Penal. Assim, considerando que não há dúvidas que o acusado tinha conhecimento da idade da vítima, como narrado pela mesma

também no depoimento, sendo que sempre o acusado se encontrava com a mesma após seu horário escolar, ou ainda, durante esse período, é incabível a simples alegação de erro de tipo quanto à idade real da vítima ao tempo dos fatos, sem comprovação efetiva.

Desse modo, não há dúvidas da autoria e materialidade do delito, e da reprovação necessária que merece a conduta do acusado, face à proteção que o ordenamento pátrio oferece a crianças e adolescentes.

Pequeno reparo, a nosso ver, merece a dosimetria penal, já que o fato de ser a primeira relação sexual, por si só, não é motivo para justificar a exasperação da pena-base, e tal fato resulta da própria definição de vulnerabilidade descrita na lei penal, implicando a cópula sexual com menor de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável.

Na hipótese, houve o consentimento nas relações sexuais com o agente, embora tal assentimento por parte da vítima não seja reconhecido pelo Direito Penal. O tipo penal presume isto sim a vulnerabilidade da vítima. Por outro lado, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não são desfavoráveis ao agente, sendo adequado em termos de resposta penal a manutenção da pena-base no mínimo legal.

Hipótese de continuidade delitiva, diante da demonstração da reiteração das condutas, presentes os requisitos legais do art. 71 do Código Penal, com exasperação no mínimo legal.

Com efeito, o art. 224, *a*, do Código Penal, ora revogado, na redação anterior à Lei nº 12.015/2009, previa hipótese de presunção absoluta de violência nos crimes contra os costumes quando a vítima não era maior de 14 (quatorze) anos, tornando juridicamente irrelevante a prova de seu consentimento ou de sua experiência sexual anterior, visto que as mesmas não tinham capacidade para consentir ou resistir. Esse era o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica das ementas ora transcritas:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO CÓDIGO PENAL). CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, INC. VIII, DO C.P.). DEFICIÊNCIA DE DEFESA. "HABEAS CORPUS". 1. O pedido de "Habeas Corpus" não pode ser conhecido, no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida, ocorrido

posteriormente à sentença condenatória e antes do acórdão que a confirmou. 2. É que tal fato não constou dos autos em que proferida a condenação e só foi ventilado com a presente impetração, como expressamente admitido na inicial. 3. Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode, o Tribunal prolator do acórdão impugnado, ser apontado como autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, assim, de questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de ofício. 4. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via própria, perante o Tribunal competente. 5. O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, “a”, do C. Penal). Precedente. 6. No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, “a”, do C. Penal), visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir. 7. Havendo o Defensor dativo praticado todos os atos que se lhe poderiam exigir e tendo, inclusive, alcançado êxito parcial com sua apelação, de que resultou considerável redução da pena, e não se evidenciando, nos presentes autos, a alegada deficiência de defesa, é de se repelir tal alegação. 8. “H.C.” conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido, cassada a liminar.

(HC 74286, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 22/10/1996, DJ 04-04-1997 PP-10521 EMENT VOL-01863-02 PP-00390).

EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF – após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto

à idade da vítima pode excluir.

(HC 81268, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/10/2001, DJ 16-11-2002 pp-00008 EMENT VOL-02052-02 PP-00274).

Na doutrina, a questão sobre o caráter da presunção de violência nos crimes contra os costumes foi bem delineada pelo Professor FERNANDO CAPEZ, In: *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, volume 3, 2004, p. 70:

O menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais. A tendência na doutrina é emprestar valor relativo a essa presunção (juris tantum), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência. Tem-se, assim, afastado essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuorada, devassa. Entretanto, os Tribunais Superiores têm adotado entendimento no sentido de que a presunção de violência é absoluta quando o crime for praticado contra vítima menor de idade (juris et de jure). Assim, tem-se sustentado que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor; (...)

O acórdão recorrido acolheu a tese do erro de tipo, em absoluto desprezo à prova produzida, e estampada na mídia digital na raiz do e-jud, com fácil acesso de pesquisa, com imagem e som, para relativizar a elementar do tipo penal do art. 217-A do Código Penal, reconhecidamente de caráter absoluto, para absolver o acusado.

Portanto, a simples menção do aresto recorrido à prova, não tem o condão de inviabilizar a reavaliação jurídica daquela e dos argumentos do acórdão, diante da evidente negativa de vigência da Lei Federal, permitindo que essa Corte Superior efetive o controle da aplicação da lei federal e sua interpretação, cumprindo o seu papel Constitucional de Tribunal Cidadão.

Saliente-se, ainda, por oportuno, que a discussão acerca da natureza jurídica da presunção de violência do artigo 224, a, do Código Penal, com edição da Lei nº 12.015/09, perdeu o sentido, diante do fato de que tal circunstância agora integra o delito de estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal), e dessa forma o legislador ordinário manteve a tutela da vítima inserida naquelas circunstâncias.

Hodiernamente, com a introdução na proteção penal da figura do vulnerável, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal do legislador, nos exatos termos do art. 217-A do Código Penal. Em verdade, o tipo penal não presume nada, apenas protege o menor de 14 anos, vedando que com ele seja praticado relacionamento sexual, seja cópula sexual ou outro ato libidinoso diverso daquele, havendo um critério objetivo para análise da figura típica, a idade da vítima.

É absolutamente irrelevante o consentimento da vítima, se menor de 14 anos, como na hipótese dos autos. Aliás, a tese do erro de tipo escusável para excluir o dolo na conduta do agente, se encontra totalmente repudiada pela prova, fatos incontroversos, não tendo qualquer pertinência o seu acolhimento sob o argumento de que o acusado não sabia da idade da vítima, diante de seu comportamento leviano ou algo extrovertido.

Destarte, diante do quadro probatório que demonstra, de forma cabal e insofismável, a autoria dos crimes contra a dignidade sexual da vítima, que contava com menos de 14 (quatorze) anos ao tempo dos fatos, há necessidade de reconhecer-se o *error in iudicando* na avaliação jurídica adotada pelo Acórdão, cabendo a essa Corte Superior, a grave responsabilidade de restaurar a ordem jurídica violada, vindo a reformar o Acórdão *a quo*, dando nova qualificação jurídica aos fatos, equivocadamente avaliados pelo Acórdão recorrido, e restabelecer a sentença penal condenatória, ainda que mitigando a resposta penal como sugerido no Parecer da Procuradoria de Justiça.

Por fim, é de se ponderar que o caso em análise é excepcional, tendo-se em vista a gravidade dos delitos praticados, a severidade da pena imposta em primeiro grau de jurisdição e a flagrante injustiça do acórdão recorrido que, desprezando os fatos incontroversos ocorridos, absolveu o réu das imputações dos crimes contra a liberdade sexual em absoluto desprezo à prova produzida e reconhecida na sentença.

Assim sendo, trata-se de questão relevante, merecedora de reexame por essa Egrégia Corte, consoante ensinamento do *Min. Athos Gusmão Carneiro*, em “Encontro de Presidentes de Tribunais”, realizado nessa Corte em setembro de 1990, p. 79/80, *apud* DJU 5.8.91, p. 10.020, que assim se posicionou:

O critério da relevância é critério que não pode ser relegado ao absoluto abandono. O Tribunal Nacional existe para julgar as questões relevantes, não as irrelevantes. Se é uma questão que se apresenta como muito relevante, no sentido de que a sua decisão interessa não apenas ao caso concreto, às partes, mas à sociedade, à comunidade em geral, se é caso em que vai se repetir milhares ou dezenas de milhares de vezes, então é conveniente, até, que o Superior Tribunal de Justiça apresente, de logo, o seu

posicionamento, que julgue tal lide e dê um sólido ponto de referência para os tribunais locais. Se houver uma manifesta e evidente relevância, entendo, pois, que o recurso deve ser admitido pela letra “a”.

No Superior Tribunal de Justiça, veja-se o posicionamento a respeito do caráter **absoluto da vulnerabilidade**, consoante se vê, a título de exemplo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.

RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL.

PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decism condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (REsp 1371163/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Portanto, inexorável a conclusão de que o Acórdão recorrido violou a norma jurídica em exame, contrariando-a e negando-lhe vigência, merecendo o recurso o exame dessa Corte Superior, para restauração da ordem jurídica violada,

e a pacificação do tema jurídico no plano nacional, de extrema importância e repercussão social, reformando-se o aresto recorrido e restabelecendo-se a condenação do acusado.

A exposição da matéria evidencia que a decisão ora atacada merece uma segura e precisa manifestação deste E. Superior Tribunal de Justiça, visando à pacificação da aplicação do Direito federal.

Por todo o exposto, postula o Agravante seja **conhecido** e **provido** este Agravo, com imediato processamento do Recurso Especial, aguardando-se, afinal, venha a ser provido nos termos e para os fins em que foi interposto.

Termos em que,
P. deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2014.

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 Cível

• • •

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 –
RIO GRANDE DO NORTE**

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECDO.(A/S): VANUSA FERNANDES DA ARAÚJO

ADV.(A/S): FRANCISCO EDELTRUDES DUARTE NETO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

3. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Vice-Presidente no exercício da Presidência, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso.

Brasília, 7 de agosto de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI – Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que, com base na “teoria do fato consumado”, manteve a recorrida, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil, no qual tomou posse em virtude de liminar deferida em ação cautelar, mesmo que tenha sido reprovada na segunda etapa do concurso (teste físico) e que não tenha se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico). No entender do acórdão, “(...) embora inexistia, nos autos, demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade na exigência do teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão no concurso em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência no cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado. Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, ‘sem que haja notícia de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacada ainda a declaração de desempenho, acostada à fl. 41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com média 9,5” (fls. 114/115).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 128-134).

No recurso extraordinário (fls. 136-146), o Estado do Rio Grande do Norte aponta ofensa aos artigos 5º, *caput* e II, e 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal, asseverando, em síntese, (a) a violação do princípio da isonomia, visto que a recorrida não se submeteu a exame psicotécnico, como os demais candidatos inscritos no concurso público; (b) a vulneração ao princípio da vinculação ao edital, uma vez que a participação da ora servidora na etapa seguinte do certame, sua nomeação e posse foram asseguradas por força de liminar, ainda que não cumprida fase anterior exigida; (c) a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para “perpetuar decisões injustas, ilegais ou inconstitucionais” (fl. 144).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário (fls. 165-168).

Submetidos os autos à apreciação do Plenário desta Corte por seu relator, foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário (DJe de 2/5/2008 – Tema 476: *manutenção de candidato investido em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório pela aplicação da teoria do fato consumado*).

Deferido pedido de ingresso no processo na condição de *amicus curiae*, a União, por seu Advogado-Geral, manifesta-se em consonância à Procuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso, sustentando, em síntese, que:

“a CF foi enfática ao definir o concurso público como exigência incontornável ao ingresso na Administração Pública, tudo com vistas a igualar da melhor forma possível as oportunidades de acesso às vagas disponíveis no serviço público” (fl. 190).

A União entende ainda que “o mérito ou a aptidão para o exercício da função, por si sós, não podem justificar a investidura em cargos públicos” (fl. 193).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer. De um lado, há o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido. De outro lado, tracionando em sentido oposto, está o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos.

2. Em casos dessa natureza, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal é a de dar prevalência à estrita observância das normas constitucionais e ao interesse público. Nesse sentido, *v.g.* na 1ª Turma, em caso semelhante (no qual a recorrente estava há 7 (sete) anos na Polícia Militar gaúcha):

EMENTA: Concurso público. Anulação de questões de prova pelo Poder Judiciário. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. Pacífica a jurisprudência desta Corte de que o Poder Judiciário não pode se substituir à banca examinadora do concurso público para aferir a correção das questões de prova e a elas atribuir a devida pontuação, consoante previsão editalícia. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva. 4. Agravo regimental não provido (RE 405.964/RS, 1ª Turma, Min. Dias Toffoli, Dje de 16/05/2012).

Sustentou o Ministro Relator, em seu voto:

“A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos em que, como o presente, se pleiteia a permanência em cargo público cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva. Desse modo, é certo que o transcurso do tempo não poderia, por si só, como pretende o agravante, convalidar sua posse no cargo em comento”.

Também da 1ª Turma:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ASCENSÃO FUNCIONAL. 1. PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO POR CONCURSO INTERNO: IMPOSSIBILIDADE APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 794.852 AgR/MG, Min. CÂRMEN LÚCIA, Dje de 13/03/2011).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITO PREVISTO EM EDITAL. 1) ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. LV E LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2) INAPLICABILIDADE DA TEORIA

DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 813.739 AgR/RJ, Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 01/02/2011).

Salientou a Ministra Relatora, em seu voto, que:

“(…) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a situações subjetivas referentes a concurso público”.

No mesmo sentido, na 2ª Turma, em caso em que o candidato já estava exercendo o cargo de sargento:

Ementa: RECURSO. Agravo de Instrumento. Exame de seleção. Curso de Sargento da Polícia Militar. Teste de avaliação física. Reprovação. Matrícula. Antecipação de tutela. Teoria do Fato Consumado. Inaplicabilidade. Reexame de fatos e provas. Aplicação da súmula 279. Agravo regimental improvido. Precedentes. Não se conhece de agravo de instrumento que tenha por objeto reexame de fatos e provas (AI 504.970 AgR/MG, 2ª Turma, Min. Cezar Peluso, DJe de 29/08/2012).

Também da 2ª Turma:

Ementa: Agravo de instrumento – Embargos de declaração recebidos como recurso de agravo – Concurso Público – Exame psicotécnico – Exigência de rigor científico – Necessidade de um grau mínimo de objetividade – Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis – Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados – Princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública – Repercussão Geral da matéria que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do AI 758.533-QO – RG/MG – reafirmação, quando da apreciação de mencionado recurso, da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame dessa controvérsia – Rejeição da teoria do fato consumado – PRECEDENTES (STF) – Recurso de Agravo improvido (AI 504.987 ED/MG, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, DJe de 01/07/11).

Afirmou o Ministro Relator em seu voto:

“Impõe-se ter presente, de outro lado, na linha de decisões emanadas desta Suprema Corte (RE 275.159/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE) que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *“tractu temporis”*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada. Esse entendimento tem prevalecido no magistério jurisprudencial que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram no tema concernente à teoria do fato consumado (RTJ 176/263, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RTJ 177/220, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 177/241, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Outro precedente:

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E CLAUSÚLAS DO EDITAL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. 1. A análise do recurso extraordinário depende da interpretação do teor do edital do concurso público e do reexame dos fatos e das provas da causa. 2. A participação em curso da Academia de Polícia Militar assegurada por força de antecipação de tutela, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. 3. Esta Corte já rejeitou a chamada “teoria do fato consumado”. Precedentes: RE 120.893-AgR/SP e AI 586.800-ED/DF, entre outros. 4. Agravo regimental improvido (RE 476.783 AgR/SE, Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe de 21/11/2008).

Registrou o voto da Ministra Relatora, nesse julgado:

“Ou seja, se a recorrente participou das etapas seguintes do certame, chegando a cursar a Academia de Polícia Militar por força de antecipação de tutela, e não demonstrou a concessão definitiva a seu favor, não há que se invocar direito adquirido para proteger o ato.

Conforme assentei no julgamento pela Primeira Turma do RMS 23.692/DF, de que fui relatora, DJ de 16.11.2001, ‘a participação

em segunda etapa de concurso público assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação’. No mesmo sentido, o RMS 24.551/DF, Segunda Turma, DJ de 24.10.2003.

Entendo, assim, que o direito adquirido e o decurso de tempo, no caso, não podem ser invocados porque, na linha de vários precedentes desta Corte, também rejeito a chamada ‘teoria do fato consumado’. Cito o AI 586.800 ED/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 17/08/2008, RE 462.909 AgR/GO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ de 12/05/2006, e o RE 120.893 AgR/SP, Primeira Turma, DJ de 11/12/1987, relatado pelo Min. Moreira Alves, cujo voto, na parte que interessa, tem o seguinte teor:

“Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido – por fundamento jurídico que não sei qual seja – a denominada ‘teoria do fato consumado’, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.”

As inúmeras decisões monocráticas no mesmo sentido (v.g.: AI 856.711/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/11/2012; ARE 707.111/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 11/10/2012; RE 710.073/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 02/10/2012) evidenciam a solidez da jurisprudência do STF quanto ao tema.

Registro, ainda, que, ao julgar o RE 635.739, Rel. Min. GILMAR MENDES, o próprio Plenário, em sessão de 19.2.2014, com apenas dois votos vencidos, reafirmou a jurisprudência das Turmas, afastando a possibilidade de “modulação de efeitos” fundada em alegado fato consumado.

3. É clara, portanto, a jurisprudência do STF a respeito dessa questão: sopesando os valores e interesses em conflito, faz preponderar, sobre o interesse individual do candidato, advogando a proteção da confiança legítima, o peso maior do interesse público na manutenção dos elevados valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados.

É realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um *status* ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse *status* ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do “fato consumado”, a manutenção do *status quo*, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais – que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao *status quo ante* –, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc*, sem aptidão alguma, consequentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Com efeito, é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos *ex tunc*. Em se tratando de mandado de segurança, há até mesmo súmula do STF a respeito (Súmula 405: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”). A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta

e responsabilidade do requerente (inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, “ficam sem efeito”, “restituindo-se as partes ao estado anterior” (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao *status quo ante*, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

A doutrina é uníssona a respeito, cumprindo referir, por todos, a lição didática de Humberto Theodoro Júnior:

“Não há dúvida que a Teoria do Risco, no campo da tutela cautelar, foi adotada pelo CPC e amplamente acatada pela doutrina, como melhor, mais justa e jurídica opção do legislador. Com efeito, tem-se a responsabilidade objetiva do art. 811 “como contrapartida do juízo provisório e superficial que justifica a concessão da cautelar... Quem pleiteia em juízo, valendo-se apenas dos aspectos da probabilidade, há que indenizar a parte contrária sempre que esta, em um melhor exame, demonstrar a sua razão. É o risco e sua assunção andando lado a lado”.

Não se trata, em síntese, de sancionar a má-fé, mas apenas de cobrar do promovente da medida cautelar o prejuízo acarretado ao requerido, visto que tudo se passou sob o pálio de um juízo provisório e superficial próprio da tutela emergencial prestada por conta e risco da parte que, afinal, veio a decair de sua pretensão.

(...)

Pontes de Miranda já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588, CPC (atual art. 475-O), a toda e qualquer execução provisória fundada em “outros títulos que a sentença”.

Daí se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam elas medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273) ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 475-O).

As medidas de antecipação de tutela hão de receber igual tratamento das medidas cautelares não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares – tutela provisória de urgência – como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao antigo art. 588, submetendo-as ao disposto nos incisos I e II do citado dispositivo legal.

O inciso III do art. 588 estabelecia, expressamente, a responsabilidade civil do exequente (de sentença não definitiva ou de medida de antecipação de tutela) pela restituição do requerido ao *status quo ante*, caso sobreviesse acórdão que modificasse ou anulasse a sentença que fora objeto de execução. (...)

Não se indagava de má-fé, dolo ou culpa, grave ou leve. Bastava que a parte tivesse assumido o risco de promover em seu favor a execução de medida judicial provisória, despida de segurança e definitividade. O regime do art. 588 foi mantido pelo atual 475-O.

Já afirmava Pontes de Miranda, com respaldo em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que “o exequente, na execução provisória, assume o risco de não ser vencedor na via recursal. A volta ao *status quo ante* por vezes acarreta indenização de danos, inclusive morais. Não se indaga se houve dolo, ou culpa. O ato de executar provisoriamente entra no mundo jurídico como ato-fato lícito, que dá causa à reparação, por se ter de repor o *status quo ante*”.

(...)

As medidas de antecipação de tutela acham-se vinculadas à cláusula legal de reversibilidade. Proíbe a lei a concessão de qualquer antecipação de tutela que crie simplesmente o perigo da irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). E para assegurar a reversibilidade, no caso de insucesso da parte autora no julgamento final da causa, é claro que o sucumbente deverá responder, amplamente, pela reposição das coisas no seu *status quo ante*. Isto se dará, independentemente de apuração de culpa ou dolo, porque se trata de emanção natural do sistema da lei, que assegura à parte a plena utilidade e completa efetividade dos resultados do processo.

Se, pois, a antecipação se dá sob a garantia legal de reversibilidade, e se a reversão terá de ser feita com a restituição das partes ao estado anterior, forçosamente a recomposição patrimonial do prejudicado só poderá correr por conta de quem promoveu a execução de medida substancialmente provisória.

Por fim, impende concluir que se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida

antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero – a tutela de urgência – porque ambas têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 45ª ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 715-719).

Especificamente sobre o tema aqui examinado, calha a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha:

A antecipação de tutela acarreta a imediata execução ou efetivação da medida, consistindo, em verdade, numa execução provisória. Significa que o regime da execução provisória é aplicável à efetivação da tutela antecipada, pondo-se em evidência a regra do inciso II do art. 475-O do CPC: revogada, modificada ou anulada a decisão antecipatória, fica sem efeito a tutela antecipada, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos por arbitramento.

Daí por que deferida tutela antecipada para determinar, por exemplo, a manutenção de um candidato num concurso público, a posterior revogação, anulação ou cassação da medida antecipatória impõe a restituição ao estado anterior: o candidato deve ser considerado eliminado do certame, não se aplicando a teoria do fato consumado (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6ª ed. Dialética: São Paulo, 2008, p. 248-250).

O que se quer realçar, com essa digressão sobre a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças, é que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *status quo ante* invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima.

4. Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com

manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.

5. Ante o exposto, e sem prejuízo de assegurar à recorrida os vencimentos e vantagens percebidos até a data desse julgamento, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedente o pedido.

É o voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

I. A HIPÓTESE

1. Senhor Presidente, cuida-se de recurso extraordinário interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJ/RN), que aplicou a assim chamada “teoria do fato consumado” para manter o provimento da autora – ora recorrida – em cargo de agente de polícia civil que ocorreu, em janeiro de 2002, por decisão liminar, mas que posteriormente foi confirmada por sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e por acórdão do TJ/RN. A autora, tendo sido reprovada no teste físico, alega a existência de vícios e equívocos na sua aplicação, e, assim, postula que seja considerada apta no teste físico, o que, de fato, ocorreu nas decisões de mérito antes mencionadas.

2. Entretanto argumentam o recorrente, o Estado do Rio Grande do Norte, e o *amicus curiae*, União Federal, que a aplicação do princípio da confiança a provimentos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado implica violação à obrigatoriedade de aprovação em concurso público, buscando-se legitimar situação de fato contrária à Constituição, o que atentaria contra a sua força normativa.

II. SÍNTESE DA DIVERGÊNCIA COM O VOTO DO MINISTRO RELATOR

3. Inicialmente, destaco que ouvi com bastante atenção, prazer e proveito o voto do Relator, Ministro Teori Zavaski, e que concordo com muitas das ideias expostas por S.Exa., mas diverjo em relação ao enquadramento dado ao caso concreto.

4. A primeira divergência se relaciona com a apresentação da questão como uma oposição entre (a) o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e (b) o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público. Nem sempre isso ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.

5. O segundo ponto de discordância com o voto do Ministro Relator diz respeito ao tratamento semelhante conferido a decisões judiciais que, nesse particular, parecem apresentar relevantes distinções. Com efeito, ao atribuir a todas as decisões judiciais não transitadas em julgado a natureza de “provisórias”, parece ter havido desconsideração da sensível diferença de estabilidade entre, por exemplo, uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão de mérito de segunda instância.

6. Por fim, a conclusão de que somente com o trânsito em julgado da decisão judicial a posse da autora em cargo público se torna irreversível acaba por restringir a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança à esfera da Administração Pública, negando completamente a sua aplicação à esfera judicial. Porém, parece-me que o princípio da proteção da confiança tem, sim, relevância no âmbito judicial, pois naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos.

7. Esclarecidos os principais pontos de divergência em face do voto proferido pelo ilustre Ministro Relator, cabe desenvolvê-los.

III. PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

8. Inicialmente, é bem de ver que o debate sobre a possibilidade de estabilização de provimentos em cargos públicos decorrentes de decisões judiciais não transitadas em julgado consiste em hipótese que não se reconduz necessariamente a uma oposição entre interesse individual *versus* interesse público.

9. Ao contrário, a questão pode suscitar interessante caso de ponderação de normas constitucionais. De um lado, o princípio da obrigatoriedade do concurso público conduz, *prima facie*, à negativa de estabilização dessas situações, na medida em que, tendo o órgão público responsável pelo certame considerado o(a) candidato(a) reprovado(a) em etapa eliminatória, a aplicação do princípio conduz, em tese, à invalidação do provimento. Trata-se de corolário natural da aplicação do princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, da consequente necessidade de as seleções públicas se pautarem por critérios impessoais e meritocráticos e da presunção de veracidade e validade dos atos administrativos.

10. De outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima se destina precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

11. Portanto, a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da posse em cargo público determinada por decisão judicial prolatada há décadas pode, presentes determinadas condições adiante exploradas, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.

IV. PROPOSTA DE PARÂMETRO ESPECÍFICO PARA A PONDERAÇÃO

12. Diante do papel do Supremo Tribunal Federal de uniformizar a interpretação da Constituição Federal, e notadamente em razão do reconhecimento da repercussão geral da questão suscitada nesse recurso extraordinário, a meu ver, convém a esse Tribunal propor orientação clara e objetiva para a atuação dos demais Tribunais brasileiros em hipóteses semelhantes.

13. O primeiro fator relevante diz respeito ao tempo decorrido entre as decisões judiciais contraditórias. Há evidente relação de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse em cargo público, de maneira que, quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será a expectativa.

14. Note-se que o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 realizou ponderação em abstrato entre o dever de a Administração Pública anular atos ilegais e o princípio da proteção da confiança, tendo como critério principal o fator “tempo”. Confira-se a redação do dispositivo: “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” Assim, parece razoável a aplicação, por analogia, do período de cinco anos para a estabilização da expectativa do administrado ou jurisdicionado.

15. Porém, não basta o decurso do prazo de cinco anos para que o princípio da proteção da confiança inviabilize a reversão de expectativa legítima criada por decisão judicial. Ao contrário, o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 é expresso em condicionar a aplicação da prescrição quinquenal à boa-fé do beneficiário. Na hipótese em análise, a boa-fé do indivíduo pode ser aferida pela plausibilidade da tese jurídica exposta na petição inicial e pela ausência de procrastinação do feito. Com efeito, sendo claramente implausível a pretensão do autor, e não tendo ele dado causa à demora na revisão da decisão que lhe foi favorável, não há que se falar em intangibilidade da sua expectativa ainda que tenha se passado mais de cinco anos da prolação da decisão judicial que lhe assegurou a posse em cargo público.

16. Há, porém, outro fator relevante para tornar mais objetiva e intersubjetivamente controlável a ponderação em análise: o nível de estabilidade da decisão judicial que determina a posse em cargo público. Assim, quanto mais estável for a decisão maior será a confiança nutrida pelo indivíduo acerca da obtenção de posicionamento favorável do Poder Judiciário sobre a sua pretensão. Há também aqui importante analogia a estabelecer: a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) prevê que a condenação “proferida por órgão judicial colegiado” consiste em hipótese de inelegibilidade do respectivo candidato (redação conferida ao art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/1990), em dispositivo já julgado constitucional pelo STF.

17. Assim, parece razoável propor que decisões de mérito de órgãos colegiados que determinem a posse em cargos públicos conferem ao servidor legítima expectativa de preservação da sua condição de servidor público, salvo se contrariarem precedente desse Supremo Tribunal Federal. Para além da analogia à Lei da Ficha Limpa, essa orientação parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não deve necessariamente processar e julgar, em última instância, todas as hipóteses de aplicação pelos Tribunais brasileiros do princípio da proteção da confiança para a preservação do provimento em cargo público em decorrência de decisão judicial, mas fixar os parâmetros para a sua correta aplicação e reformar as decisões em que haja demonstração inequívoca da sua não observância adequada.

18. Os três fatores podem ser sintetizados na seguinte proposição objetiva, que sugiro seja afirmada pelo STF em sede de repercussão geral: “No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.”

V. APLICAÇÃO DO PARÂMETRO PROPOSTO AO CASO CONCRETO

19. A autora tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada pela sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que desproveu o apelo interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, afirma a autora, em sua petição inicial, que, embora tenha sido aprovada nas provas de *cooper*, salto em distância e salto em altura (todas integrantes do teste físico), foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida a erro pelo fiscal, que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões antes do término do tempo destinado à prova (o número mínimo requerido para aprovação era de vinte flexões). Porém, posteriormente se constatou que três flexões teriam

sido mal executadas, e, com a anulação delas, faltou uma flexão para o atingimento do número mínimo. Ademais, a autora demonstra que obteve aprovação na disciplina Educação Física, do Curso de Formação de Agentes Policiais, com nota 9.5. Tais fatos não foram refutados na contestação. Por fim, a autora não apenas foi confirmada no estágio probatório, como não há notícia da instauração de processos administrativos para a apuração de infrações disciplinares.

20. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar que o caso concreto se amolda ao parâmetro acima delineado. Pois bem. A autora exerce o cargo de Agente de Polícia há mais de doze anos, prazo muito superior ao quinquênio previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida em que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de Agentes de Polícia, parece efetivamente ter havido graves equívocos na sua aplicação em face da autora, além de o seu excelente desempenho na disciplina de Educação Física, a sua aprovação no estágio probatório e não haver notícia sobre a instauração de processos administrativo-disciplinares revelarem a sua aptidão física para o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

21. Por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de doze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Tal decisão não contraria precedente do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, há notáveis decisões desse Tribunal que respaldam a pretensão autoral, e, via de consequência, a decisão recorrida.

22. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 429906, Rel. Min. Eros Grau, o STF aplicou a teoria do fato consumado para convalidar a matrícula de aluno determinada por decisão judicial em virtude de ter havido a conclusão do curso antes do trânsito em julgado. Já no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.357/DF o STF validou a admissão de empregados públicos na INFRAERO em virtude da existência à época de controvérsia sobre a existência, ou não de obrigatoriedade, de prévia aprovação em concurso público para o provimento em emprego público nas estatais.

23. Diante do exposto, voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário e pela adoção do seguinte parâmetro para a definição da manutenção, ou não, de provimentos em cargos públicos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado: "No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância."

24. É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, ouvi, com toda a atenção, prazer e proveito, como de costume, o voto do eminente Ministro Teori Zavascki. E devo dizer que concordo com muitos dos conceitos e com muitas das premissas que Sua Excelência estabeleceu, mas não concordo com o enquadramento dado ao caso concreto. E vou expor brevemente as minhas razões – trago um voto escrito, mas, na maior parte, pelo menos, não pretendo ler.

A minha visão um tanto contraposta à de Sua Excelência envolve alguns tópicos específicos. O primeiro deles: o Ministro Teori tratou a matéria como sendo uma oposição entre o interesse individual do candidato em permanecer no cargo, de um lado, e, do outro, o interesse da Administração Pública em fazer valer o mandamento do concurso público. Não estou certo de que esse tipo de debate sempre envolva esses dois vetores e, sobretudo, não estou convencido de que eles caracterizem bem este caso concreto – em seguida, direi por quê. Em segundo lugar, a meu ver, e com todas as vênias, o Ministro Teori trata com igualdade e, portanto, com o mesmo efeito, decisões que, no meu entendimento, têm graus diferentes de estabilidade. Uma coisa é o servidor ser investido em um cargo público por uma liminar; a outra, é o servidor estar investido em um cargo público por uma decisão de tribunal de segundo grau. Portanto, entendo que o grau de estabilidade e o nível hierárquico da decisão podem e devem fazer diferença. E a minha terceira consideração, de ponto de observação diferente, é que o Ministro Teori Zavascki considera que o princípio da proteção da confiança somente é aplicável à Administração Pública, não sendo aplicável às hipóteses em que eventual expectativa de direito venha a resultar de decisão judicial, posição com a qual, igualmente, eu não estou de acordo.

Portanto, Presidente, tendo essas três percepções diferentes, eu enuncio quais são os elementos, qual é a linha condutora do meu ponto de vista nesta matéria.

A questão está posta pelo Ministro Teori Zavascki. E frequentemente ela tem sido posta pela jurisprudência, de uma maneira geral, como se fosse uma questão envolvendo a teoria do fato consumado, que é um nome extremamente infeliz, porque dá a impressão de que uma ilegalidade consumada pode ser fonte geradora de direito, o que evidentemente soa mal a qualquer ouvido acostumado a lidar com as questões jurídicas. No fundo, está em questão ser ou não uma hipótese em que exista proteção da confiança a ser assegurada pelo Poder Judiciário. Portanto, eu gostaria de dizer que não tenho simpatia, pois acho imprópria e acho pejorativa a expressão “teoria do fato consumado”. Está em jogo aqui saber se existe ou não uma hipótese da proteção da confiança.

Desse modo, a ponderação a ser feita aqui não é entre interesse privado do indivíduo e interesse público da Administração. A ponderação a ser feita aqui, a meu ver, é entre o princípio da confiança legítima, de um lado, e o mandamento do concurso público, de outro lado. E, como em toda e qualquer ponderação, a meu

ver, nem sempre é possível estabelecer, *prima facie*, qual dos dois elementos, qual dos dois pratos da balança, qual dos dois princípios, quando seja o caso, é que deve prevalecer. Essa ponderação tem que ser feita à luz dos elementos do caso concreto.

Assim, a proteção da confiança legítima, e com respeito devido a quem pense diferentemente, ela é um valor constitucional decorrente do princípio da segurança jurídica. Por isso, o argumento de que não há nenhuma tese constitucional em favor da recorrida, com a devida vênia, parece-me impróprio.

A ideia de segurança jurídica tem uma vertente objetiva que impede a retroatividade das normas e, portanto, protege ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. E ela tem uma vertente subjetiva que protege as expectativas legítimas das pessoas, inclusive, preservando efeitos de atos eventualmente inválidos. Conseqüentemente aqui é uma hipótese de proteção da confiança.

E, aí, essa confrontação entre concurso público e proteção da confiança envolverá hipótese em que haverá certezas positivas, em que não há confiança a ser protegida. E acho que haverá hipóteses de certezas negativas. Nos extremos, é relativamente fácil determinar se há ou não um direito, mas há muitas nuances nestas situações de investiduras de servidor por decisão judicial.

Portanto, Presidente, como se trata aqui de repercussão geral – assim esta vai ser uma decisão que vai prevalecer nacionalmente, e com a força das decisões que têm caráter vinculante –, eu gostaria de propor, para o tratamento dessa matéria, três parâmetros capazes de permitir que o Poder Judiciário distinga onde a distinção deve ser feita. Aqui não há uma decisão possível capaz de abarcar todas as causas. Não é uma hipótese de *one size fits all*. Eu acho que é preciso saber algumas características do caso concreto para saber onde está a interpretação constitucionalmente adequada. E proponho os seguintes parâmetros: o primeiro deles há de ser o tempo decorrido entre as decisões contraditórias. Neste caso, nós estamos lidando com uma investidura de quatorze anos. Portanto, a primeira consideração a se levar em conta é o tempo. A Lei do Processo Administrativo, a Lei nº 9.784, no artigo 54, estabelece um prazo de cinco anos para que a Administração possa exercer o seu poder-dever de anular os atos eventualmente ilegais. A Lei leva em conta, para a Administração Pública, o fator tempo, e o dispositivo diz:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Portanto, o primeiro parâmetro que eu utilizo é, por analogia, esse prazo de cinco anos, que é o prazo que estabiliza os atos na Administração Pública. Porém – e aqui um parâmetro complementar ao parâmetro tempo, ainda não é o segundo parâmetro –, não basta o tempo, é preciso que haja boa-fé, porque também é isso

que a Lei do Processo Administrativo exige. Pois bem, no caso de situações como esta, a boa-fé, a meu ver, estará, primeiro, na plausibilidade da pretensão jurídica, porque, se for um pedido absurdo, que, eventualmente, tenha logrado um êxito, acho que se possa desconsiderar. Em segundo lugar, como eu estou levando em conta o fator tempo de cinco anos, é preciso que a parte não tenha causado, deliberadamente, a procrastinação do processo. Portanto, o primeiro parâmetro é tempo mais boa-fé.

O segundo parâmetro, que eu considero indispensável de ser levado em conta em situações como esta, é o grau de estabilidade da decisão judicial; se for uma investidura por mera liminar que tenha durado um longo tempo, a situação do postulante é muito mais frágil do que se ele tiver uma sentença de primeiro grau, porém a sua situação será mais forte ainda, geradora de maior expectativa, se ele tiver uma decisão de segundo grau, uma decisão de um tribunal de justiça ou uma decisão de um tribunal regional federal. E nós, um dia – e eu espero ainda estar vivo –, vamos criar neste País a cultura de que os processos devem acabar no segundo grau de jurisdição, como regra, e não todos os processos acabarem no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, para mal dos nossos pecados. E, se nós vamos valorizar o duplo grau de jurisdição, se nós vamos defender que os processos como regra geral devem acabar no tribunal, porque ali já se realizou o devido processo legal, nós temos que prestigiar as decisões, os acórdãos dos tribunais de segundo grau. Assim, alguém que tenha um direito reconhecido por um tribunal de segundo grau, por um acórdão, evidentemente terá forte indício de que uma eventual modificação vai afetar a sua confiança jurídica.

Portanto, o terceiro elemento, que me parece merecer consideração, é o órgão do qual provém a decisão, e evidentemente quanto mais elevado o órgão judicial, mais elevada deve ser a expectativa do direito.

Nós precisamos considerar que a Lei da Ficha Limpa considera que a decisão de um órgão colegiado pode tornar inelegível uma pessoa. Eu acho que a decisão de um órgão colegiado gera uma expectativa de direito que merece ser protegido.

Presidente, aqui eu sintetizei, *in abstracto*, os parâmetros que considero devem ser levados em conta para reconhecer-se ou não a existência de confiança legítima a ser protegida: o tempo decorrido, a boa-fé da pretensão e o fato de a decisão ter sido prolatada por um órgão de segundo grau. E aqui eu aplico esses meus parâmetros ao caso concreto, já caminhando para o fim da minha manifestação.

A autora da ação e recorrida aqui tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada por sentença da 5ª Vara da Fazenda Pública e, mais tarde, confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, a autora, embora tenha sido aprovada nas provas de *cooper* – e aqui relata os fatos incontroversos –, salto em distância e salto em altura, todas integrantes do teste físico, foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida em erro pelo fiscal que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões. O número mínimo requerido

para a aprovação era de vinte flexões – foi essa a causa de reprovação da moça –, porém, posteriormente, afirmou-se que três flexões teriam sido mal - executadas, e, com a anulação das três flexões, a recorrida realizou só dezenove flexões, quando a exigência era de vinte. Portanto, ela foi reprovada por faltar-lhe uma flexão abdominal. Depois de investida por decisão judicial, ela faz o curso de formação e é aprovada na disciplina Educação Física com nota 9,5. Tais fatos não foram refutados em contestação. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar, a meu ver, que, neste caso concreto, aplicam-se os três parâmetros por mim propostos acima.

A autora exerce o cargo de agente de polícia há mais de quatorze anos, portanto, prazo muito superior aos cinco anos previstos no art. 54 da Lei nº 9.784. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de agentes de polícia, parece efetivamente ter havido grave equívoco na sua aplicação da autora, reprovada por uma flexão e, depois, aprovada praticamente com nota máxima no curso de “Educação Física”.

E, por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de quatorze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível de um Tribunal de Justiça. E, tal decisão, a meu ver, não contraria frontalmente qualquer precedente do Supremo Tribunal, e a própria eminente Advogada da União exemplificou com dois precedentes da tribuna, embora tenha procurado dizer que não se enquadravam tipicamente – com o que pessoalmente eu não estou de acordo. Até porque, se houvesse jurisprudência pacificada – vai haver a partir de hoje – nessa matéria, ela teria sido reafirmada em Plenário virtual, não estaríamos nós aqui debatendo. Portanto, não havia jurisprudência pacificada.

Assim, Presidente, o ponto que estou tentando estabelecer é que eu não tenho divergência com muitas das teses jurídicas do Ministro Teori Zavascki, porque eu também considero que o concurso público é uma exigência constitucional e que a isonomia entre os concorrentes igualmente é uma exigência constitucional. E, portanto, se alguém quiser permanecer no serviço público sem ter se submetido a concurso público, eu não teria dúvida em rejeitar a pretensão. Porém, considero que, se um indivíduo ingressou no serviço público por decisão judicial de órgão colegiado há mais de 14 anos, em hipótese em que não haja nenhuma caracterização de má-fé, penso que esta é uma hipótese que exige um temperamento.

E, portanto, Presidente, eu estou propondo como tese jurídica para ser afirmada em repercussão geral a seguinte:

No caso de investidura em cargo público por força de decisão judicial, ainda sem trânsito em julgado, a aferição de eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) permanência no cargo por mais de cinco anos; b) plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e ausência de conduta processual procrastinatória; e c) decisão de mérito proferida por órgão colegiado.

Portanto, esta é a tese que eu estou propondo, em que ela diverge, evidentemente, da tese do Ministro Teori na sua aplicação ao caso concreto. Mas acho que essa é uma formulação que nos permitirá fazer a justiça e tratar desigualmente situações claramente desiguais. Uma coisa é alguém estar investido por uma liminar por dois, três anos e outra coisa é uma pessoa estar investida no cargo por um acórdão há mais de 14 anos. E acho que se nós tratarmos a investidura por liminar, por um curto período, da mesma forma que tratarmos da investidura por acórdão de mais de uma década, nós não estaremos tratando com desigualdade aquilo que é desigual, e acho que estaremos frustrando o princípio da isonomia.

É como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Na verdade, Vossa Excelência, com essas razões que aduz, está julgando procedente o pedido, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Acho que improcedente, estou mantendo a decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não, improcedente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Na verdade, estou negando provimento ao recurso extraordinário e mantendo a procedência da decisão.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Senhor Presidente, peço a palavra, – não para rebater os argumentos do voto do Ministro Barroso, a questão obviamente é uma questão difícil –, mas para fazer alguns esclarecimentos de fato.

No caso concreto, a investidura foi por liminar numa ação cautelar. O juiz de primeiro grau confirmou essa cautelar e o Tribunal não examinou o mérito –, segundo os fundamentos da demanda; pelo contrário, o Tribunal afirmou que reconhecia que não havia sido feita a prova física, nem o exame psicológico, e que o exame psicológico era legítimo. Portanto, a plausibilidade era contra o recorrente. Mas afirmou que mantinha a autora no cargo por força do fato consumado. É isso o que se decidiu.

Portanto, não há uma decisão colegiada afirmando a plausibilidade do direito de permanecer no cargo. O direito de permanecer no cargo foi pelo “fato consumado”, porque a liminar vigorava há sete anos naquele momento. Este foi o fundamento.

Esse o esclarecimento, portanto: não há decisão colegiada afirmando que a tese da inicial é uma tese legítima. Pelo contrário, o segundo grau negou essa legitimidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Desculpe-me, eu não poderia discordar mais, porque, se o Tribunal confirmou a cautelar, é porque entendeu que havia *fumus boni juris*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Quase no fato consumado e não na...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Sim, eles consideraram que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não precisaria julgar a ação ordinária. Para que julgá-la?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, pela ordem.

A premissa do Ministro Teori Zavascki está absolutamente correta. A decisão liminar é uma decisão precária. Sucede que, muitas vezes, uma decisão vem rotulada com um *nomem juris* que não a descaracteriza, nem a desnatura. Na verdade, essa tutela liminar tem natureza satisfativa; ela não é cautelar; ela não garante as condições ideais para que a Justiça seja prestada; ela regula provisoriamente a lide; ela antecipa o direito da parte.

Por outro lado, essa decisão foi proferida pelo juízo de primeiro grau no mérito, confirmada pelo colegiado no mérito e a repercussão geral foi...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mérito, Excelência, que mérito! Mérito a envolver o conflito de interesses? Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Claro que é evidente, conforme foi colocado aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Ministro, uma tutela precária e efêmera, uma medida acauteladora!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Quantas vezes se afirmou aqui, alhures, o uso promíscuo da tutela cautelar para defender direito da parte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu fico a imaginar o campo de fraude que se abre para isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ou então realmente apostar-se no Judiciário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apostemos na morosidade da Justiça, apostemos. Pobre Brasil!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E outra falácia é imaginar que a proteção da confiança só se pode voltar contra o Estado-Administração e não contra o Estado-Juiz. As decisões judiciais têm credibilidade social. Se elas decorrem esse tempo todo, elas alimentam a legítima expectativa do cidadão jurisdicionado.

Pois bem, uma pessoa que está há quatorze anos num cargo, dependendo da idade, nós vamos colocá-la à margem da funcionalidade, à margem do mercado de trabalho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ela não está há quatorze anos; está, hoje, há doze anos, seis meses e doze dias para ser preciso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Doze ou quatorze, dependendo da idade.

E a verdade é esta: nós já tivemos a sensibilidade aqui de garantirmos situações – aliás, como o próprio Ministro Teori está lavrando no seu voto de determinar que não haja devolução de vencimentos –, mas, na verdade, isso aqui

foi uma tutela satisfativa, foi um provimento de mérito confirmado pelo Tribunal e que prevalece até hoje. E o Estado-Juiz também pode sofrer oposição da proteção da confiança e não só o Estado-Administração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Fux, posso ler um trechinho do acórdão que, com todas as vênias, acho que infirma essa visão. Diz o acórdão:

“Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, “sem que haja notícias de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacado ainda a declaração de desempenho, acostada à fl. 41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com média 9,5”.

Isso é mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Dispensemos o concurso público!

Presidente, a homenagem pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foi tão grande à teoria do fato consumado que a referência ocorreu com letras maiúsculas, em detrimento de quê? Da Lei das Leis, que é a Constituição Federal. E foi o que disse: pobre Brasil, em que se aposta na morosidade da Justiça. Um ato precário e efêmero, implicando inclusive o resultado que é sinalizado pelos que divergiram do relator – tratamento desigual, porque houve outros concursados –, um ato precário e efêmero, que a própria recorrida sabia que tinha essa natureza, vai prevalecer em detrimento da Carta da República.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu gostaria de fazer um comentário importante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E a tese dos cinco anos, Presidente, aqui também parece bastante singular. Eu acompanhei a feitura dessa Lei nº 9.784.

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA – Eu era inclusive do grupo que fez a Lei e não era esse o objetivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Imagine o estímulo que nós vamos ter para esvaziar, portanto, o STJ quanto o próprio Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E os cinco anos, Ministro, pressupõem ato da Administração Pública. Esta resistiu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Veja, o que se diz na Lei nº 9.784, em relação a ato administrativo, e aqui teve-se a colaboração indispensável e altaneira do grande jurista do Rio Grande do Sul, do grande administrativista, Professor Couto e Silva, aqui o que se cogitava era de inércia de administração e ausência de má-fé por parte ou alguma contribuição por parte do beneficiário do ato. Era disso que se cuidava.

Agora, aqui é um ato judicial, a Administração está se insurgindo e fazendo tudo o que pode. Por outro lado, os argumentos trazidos agora pelo Ministro Barroso seriam de molde, se fosse o caso, de ter levado à anulação da prova. Se de fato o Tribunal tinha fundamentos para dizer que de fato a prova fora ilegal, deveria ter anulado a prova.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas a parte vai ser prejudicada pela omissão do Tribunal de não ter dito o que deveria ter dito?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A parte sabia que estava em situação precária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não, não, veja, ou dar o direito, mas não invocar o fato consumado, porque fato consumado em cima de liminar!

E eu fico a imaginar o tipo de engenharia que se vai engendrar para deixar que se ultrapasse o prazo de cinco anos. O prazo de cinco anos da Lei nº 9.784 nada tem a ver com este tema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, isso foi para calcular o prazo razoável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, exatamente, dois esclarecimentos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não, veja, se amanhã houver demora,...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu não sustentei esse argumento, de modo que pode rebater à vontade, porque eu não acho isso.

Eu gostaria de dizer, dirigindo-me ao Ministro Marco Aurélio, a questão da teoria do fato consumado, como eu disse no meu voto, é um nome ruim para uma questão constitucional. Vossa Excelência tem todo o direito de pensar diferentemente e eu respeito. Mas teoria do fato consumado é um nome ruim para dizer que protege-se a confiança desde que passado tanto tempo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência não está me atribuindo a apologia da teoria do fato consumado. Por favor, Ministro, e a Sessão está sendo transmitida, faça-me justiça.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, não, Vossa Excelência disse que a teoria do fato consumado é uma teoria que não tem nenhuma base constitucional. Então, quando Vossa Excelência diz que a teoria do fato consumado não tem nenhuma base constitucional, eu até poderia concordar, porque eu acho que esse é um nome infeliz. Mas o princípio da proteção da confiança tem como base constitucional o princípio da segurança jurídica. Ele é um subprincípio na sua vertente subjetiva da segurança jurídica. Então, é possível fazer a ponderação, para um lado ou para o outro, cada um de acordo com a sua convicção, mas constitucional é.

E a questão dos cinco anos, eu não estou invocando a lei do processo administrativo, eu apenas utilizei uma analogia do prazo que a Administração impôs para si, como utilizei uma analogia da lei da ficha limpa para dizer que uma decisão de órgão colegiado tem um peso diferente de uma decisão liminar.

Portanto, eu já expus as minhas razões e eu não preciso convencer ninguém, nem sou o dono da verdade. Eu apenas quero deixar clara a minha posição e a disposição para ouvir as posições, inclusive as discordantes. E se não prevalecer o que eu acho justo e certo hoje – Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência, mais do que ninguém, sabe que o que não é justo e certo hoje pode, um dia em algum lugar do futuro, se tornar. De modo que ganhar ou perder não é o meu propósito aqui. O meu propósito é ter argumentos claros que as pessoas compreendam e depois deliberem como lhes pareça melhor.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Só para esclarecer rapidamente. Ontem foi importante o esclarecimento de situações de fato para nós entendermos como é que se construía aquele computador, com simulacros de peças de computador, que não eram peças de computador. Então, aqui há alguns dados de fato que estão sendo um pouco misturados. Na verdade, essa decisão foi proferida numa ação ordinária, ela foi antecedida de uma liminar com o *nomen juris* equivocado de cautelar, como tantas vezes se peticiona com essa denominação, sendo a ação uma ação de natureza satisfativa. O nome não desnatura a natureza da própria ação na essência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A ação cautelar foi preparatória, tanto que a recorrida ajuizou a ação ordinária.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E que foi favorável à sentença de mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, mas estamos apreciando o merecimento da confirmação dessa sentença de mérito e, portanto, estamos julgando, não havendo coisa julgada a beneficiar a recorrida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, não é isso que eu digo. Não, não, o que eu estou dizendo é o seguinte que: quer sob o ângulo da proteção da segurança quer sob o ângulo processual, a proposta que eu entendi do Ministro Barroso é que há cognições sumárias que não merecem essa tutela da proteção da segurança jurídica. E há cognições exaurientes, tendentes e conducentes ao trânsito em julgado que devem merecer a proteção da segurança jurídica com o direito fundamental *maxime*, na medida em que toda a doutrina constitucional hodierna assenta que o interesse público não supera direito fundamental, ainda que individual. E aqui está em jogo o direito individual fundamental à segurança jurídica, porque, com base numa decisão de mérito, que já dura há doze anos e alguns meses...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (Bom, agora voltou o som).

Ministro, vou fazer uma pergunta: se estivéssemos a julgar este recurso extraordinário, a contenda, em um prazo razoável, confirmaríamos o acórdão?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, se nós estivéssemos julgando essa questão há dois anos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se deve apostar na morosidade da Justiça!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas aí não se pode penalizar o jurisdicionado. Mas o que eu quero dizer – e essa é a minha contraposição ao Ministro Teori –, essa não é uma questão processual de saber se a decisão é cautelar ou se a decisão foi de mérito. Essa é uma questão de fundo de saber se o Supremo Tribunal Federal, julgando uma questão catorze anos depois, pode infirmar a investidura de uma pessoa que foi investida por acórdão do Tribunal de Justiça. Essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E há um outro detalhe, quer dizer, se a própria Administração não pode, em cinco anos, desfazer os atos dela, o Judiciário pode, a qualquer tempo, jogar uma pessoa à deriva.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – O Judiciário pode em quatorze.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Bom, então, nós inventamos mais uma forma de trânsito em julgado, um trânsito em julgado intercorrente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite?

Recebi em meu Gabinete, ontem, advogada militante no Supremo. Essa advogada me informou que, na primeira audiência alusiva a processo no qual funciono como relator, ela estava grávida e que iniciamos o julgamento quando o filho já contava com um ano, o qual ainda não se concluiu. Perguntei a ela: quantos anos tem o seu filho hoje? Ela disse: quinze anos. É no recurso extraordinário respectivo, já há seis votos a favor do contribuinte, incluindo o meu Recurso Extraordinário nº 240.785.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Bom, pela teoria que nós vamos afirmar hoje, a culpa é da criança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Uma razão, pois é.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não, Ministro Zavascki.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Eu pedi a palavra, depois do voto do Ministro Barroso, para fazer só um esclarecimento de fato.

Houve participação no curso de formação, nomeação e posse por força de uma liminar concedida numa medida cautelar. Depois houve a ação ordinária, que foi julgada procedente. Houve a apelação, onde foi proferido o acórdão que nós estamos examinando. O acórdão negou a plausibilidade dos argumentos postos da inicial. Eu vou ler o acórdão; aliás, eu transcrevi no relatório. Diz o acórdão:

“Com efeito, embora inexistente, nos autos, demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade” – não exista ilegalidade – “na exigência deste teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão no concurso público em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência do cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado.”

Portanto, não houve afirmação da plausibilidade do direito, pelo contrário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu não concordo, desculpe, porque, se fosse uma barbaridade, ele não manteria a decisão.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Está bem, Vossa Excelência não está concordando com acórdão de segundo grau.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, eu estou concordando de que ele considerou plausível. Quer dizer que, então, um desembargador confirma uma cautelar achando que ela não tem nenhuma razoabilidade?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Por este motivo: pelo fato consumado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Sim, mas nós estamos discutindo aqui o que Vossa Excelência está chamando de fato consumado, e o que eu chamo de proteção da confiança legítima.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Bem, a propósito disso, quero dizer que no meu voto eu tratei da proteção da confiança.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aqueles, os juízes, Presidente, para ficarem mais tranquilos com a própria consciência, implementam cautelar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Senhor Presidente, a propósito, eu não tratei isso como uma questão processual. Eu discorri sobre as medidas cautelares justamente para trazer aqui a questão da proteção da confiança. O que eu disse, quando falei da natureza das medidas cautelares, é que, por força do nosso sistema normativo, ninguém pode ter confiança na definitividade de uma medida cautelar; é isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, mas não foi uma medida cautelar, foi uma sentença de mérito.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Ministro, então, nós vamos começar a discutir processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Na ação ordinária, a decisão não foi na cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, daqui a pouco, teremos que convocar o professor José Carlos Barbosa Moreira!

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Mas a liminar foi... basta ler o acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas isso é uma repercussão geral, o que nós estamos discutindo é uma tese jurídica: em que casos deve-se ou não respeitar a investidura de um servidor por decisão judicial? Não dá para transformar isso numa questão de ação cautelar ou ação ordinária. É uma questão de saber em que casos, sim, algum, a investidura por decisão judicial deve ou não ser mantida, porque eu não quero transformar isso nem numa discussão de fato, nem numa discussão processual. A gente tem uma tese jurídica em repercussão geral para afirmar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Tese de Vossa Excelência que tem que discutir o fato; Vossa Excelência trouxe aí situações de fato, então, o fato é esse, o fato concreto, no caso, é esse.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – O fato concreto é ter sido mais de cinco anos, ter sido acórdão, e não ter havido má-fé.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – O acórdão foi pelo fato consumado. O acórdão negou a plausibilidade do direito afirmado na petição inicial. Só concedeu esse direito por um fato superveniente, que seria um fato consumado; é isso que diz o acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas é fato que se passaram quatorze anos da investidura.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Não, não duvido disso, mas é fato também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Então, nós vamos decidir se, quatorze anos depois da investidura, a gente pode tirar alguém do cargo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E ela se submeteu a um concurso público, ela se submeteu a esse concurso público, e eu entendo que esse exercício pleno e exemplar com nota 9,5 durante quatorze anos supera por completo essa pequena fase do exame psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Dispensa a aprovação em concurso público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Porque se ela tivesse algum problema nesse exame, como é que ela poderia passar quatorze anos na instituição?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu agradeço a intervenção de todos, foi muito instigante a discussão. Vamos fazer uma pausa para reflexão, atendendo ao prazo regimental. Obrigado, está suspensa a Sessão.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, reitero o meu apreço e admiração pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso. Fiquei sensibilizada com os fundamentos de Sua Excelência, em especial quando alude ao princípio da proteção à confiança legítima, que nos levaria à ponderação e, eventualmente, como propõe Sua Excelência, à negativa de provimento ao recurso extraordinário.

Em inúmeras decisões a respeito do tema sempre comunguei com a tese do Ministro Relator, Teori Zavascki, e adotei as premissas agora esposadas no voto de Sua Excelência. Quando examinei o material para esta sessão, a minha convicção se formou no sentido do provimento do recurso extraordinário, na linha do voto do eminente Relator.

Diante dos argumentos tão sólidos do Ministro Luís Roberto, voltei ao acórdão da Corte Estadual os fatos e nele vejo registrado – é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

“Compulsando os autos, verifico que a recorrida se submeteu ao concurso público para o cargo de Agente de Polícia Civil (Edital nº 001/2000) e, após ter sido aprovada na primeira etapa (prova de conhecimento específico), foi reprovada no teste físico (segunda fase).

Vislumbro, ainda, que, através de liminar deferida às fls. 36-40 (nos autos da ação cautelar, em apenso), a apelada participou da 4ª fase do certame (Curso de Formação), sem que tivesse se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico), e, em razão da decisão interlocutória de fls. 91-96 (nos autos da ação cautelar, em apenso), foi nomeada e empossada no cargo, no dia 25 de janeiro de 2002.”

Na verdade, a posse no cargo se deu por força dessa liminar, tendo a candidata sido aprovada na primeira e quarta etapas, reprovada na segunda etapa, e não tendo se submetido à terceira etapa. Com todo respeito, parece-me, em primeiro lugar, que talvez este caso concreto não seja o melhor para examinar a tese trazida pelo eminente Ministro Luís Roberto, porque ela não concluiu o concurso público. Com relação ao exame psicotécnico, ela não o fez – não teria certeza se perdeu o horário, se ela disse que não leu o *Diário Oficial* e não viu a data da prova.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Ela acreditou nas razões do recurso que ela interpôs pelo fato de que fizera, segundo a banca, dezenove, mas ela fez 22 abdominais, descontadas...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – O psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, primeiro ela ofereceu...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Essa é a segunda etapa, o físico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas ela recorreu disso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Ela foi reprovada na segunda etapa. Aí que vêm aqueles vinte e dois abdominais, três que foram desconsiderados, ficou com dezenove, ficou por um.

Mas há uma terceira etapa do concurso, o exame psicotécnico. E este exame ela não fez por alguma razão que justificou para não ter comparecido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Porque ela foi autorizada a fazer a quarta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Ela justifica assim: que ela ofereceu recurso e achou um absurdo ela não ter conseguido convencer que fez vinte e duas abdominais, eram vinte exigíveis, e por uma abdominal, depois ela foi aprovada com 9,5 no exame físico, pulou altura, fez rapel etc., mas não fez uma abdominal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Ainda penso que concurso público é a melhor forma de aferição de conhecimento e garantia do princípio isonômico, mas não é o método ideal. Também tem as suas fragilidades, nem sempre os aprovados são os que têm maior aptidão ao cargo. Isso a experiência demonstra, mas ainda é o que temos de melhor, e o que consagra a Constituição.

Com todo o respeito, não tenho como me afastar das premissas que já foram expostas com toda a clareza pelo Ministro Teori, que endosso, e me levam ao provimento do recurso. Portanto, acompanho o voto de Sua Excelência, o Relator, com todas as vênias àqueles que compreendem de forma diversa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, eu já interferi tanto que eu vou ser bastante sintético.

Em primeiro lugar, eu acho que a razão de ser de toda a nossa jurisprudência é impedir que haja superação do concurso público. Esta recorrente fez o concurso público, realizou o concurso público, foi aprovada. A desclassificação na prova física é tão teratológica, que depois ela foi aprovada no curso de aperfeiçoamento com 9,5; então, não seria uma abdominal que deveria reprová-la. No meu modo de ver, o exame psicotécnico afere condições biopsicológicas no exercício de uma função, e ela exerceu a função por quatorze anos de forma exemplar, o que supera completamente essa ausência do psicotécnico. O que o Supremo não aceita é burlar a lei do concurso, porque ela fez concurso público, houve uma microdesclassificação teratológica, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal quando não chancela essa proteção da confiança legítima, a segurança jurídica, o faz com base em decisões liminares, que são decisões precárias. A própria Lei esclarece, mesmo quando é tutela liminar satisfativa, que isso não é julgamento antecipado da lide – até aí eu estaria de acordo como a jurisprudência vem se comportando –, mas aqui não, ela teve reafirmado o seu direito numa sentença de mérito e confirmado num acórdão que perdurou durante doze anos.

Eu também não concordo com a tese de que o princípio da proteção da confiança ou da segurança jurídica só é oponível ao estado da Administração e não é oponível ao estado jurídico. Entendo que é absolutamente inconcebível que a Administração só possa anular os seus atos no máximo em cinco anos, e o Judiciário

pode colocar uma pessoa no olho da rua sem esperança, sem chance, vinte anos depois, porque, enfim, a sentença de mérito foi confirmada, mas, quando ela entrou, entrou a título precário.

Por outro lado, eu me afino com essa propensão a se dar valor à cognição exauriente dos tribunais, a comparação foi feliz de a Lei da Ficha Limpa se contentar com a decisão colegiada para tornar inelegível. E a tendência mundial é essa, a tendência mundial é fazer com que o jurisdicionado se contente com uma só decisão judicial, quanto mais com duas, que apura novamente a juridicidade da decisão com a decisão do órgão colegiado.

Então, no meu modo de ver, aqui está em jogo direito fundamental à segurança jurídica encartado no art. 5º. E, como direito fundamental, ele prevalece sobre todos os outros interesses gravitantes nesta causa, com a devida vênia da brilhante exposição, comum de regra, do Ministro Teori.

De sorte que, pedindo vênia ao Relator, eu acompanho integralmente a divergência, inclusive em relação à gradação que se deve obedecer na aplicação do princípio da proteção da confiança.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, peço vênia à divergência; acompanho o Relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, eu vou pedir vênia à divergência, com todo o respeitabilíssimo fundamento apresentado, mas a garantia do concurso público, a meu ver, é uma garantia da República, e não há que se valer o Judiciário – de uma forma ou de outra – a ensejar que alguém aposte na morosidade do Judiciário para não cumprir o que foi exigido.

Lembro-me, Senhor Presidente, Senhores Ministros, que, quando foi promulgada a Constituição, uma pessoa – acho que até, de alguma forma, conhecida – perguntou: como é que é, tem concurso público agora para todo mundo? Para todo o cargo? Eu disse: para todo cargo público, sim. Ela disse: mas isso é contra a lei da natureza. Eu disse: como assim? Ela disse: olha, eu vou dar um exemplo, que os senhores professores de Direito Constitucional não podem contestar: Deus; Deus, por exemplo, quando quis mandar alguém para ser representante dele na terra, o que ele fez? Mandou o próprio filho; ele não fez concurso. Então, o negócio chegava a um nível em 1988, que eram tantos os interesses em se manter situações “consolidadas”, que não havia o que se discutir tal o estupor que causava uma Administração Pública efetivamente republicana. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, autor do texto que veio dar no artigo 37 da nossa Constituição, preconizava a exigência do concurso público como a grande transformação da Administração.

Tenho visto – acho que todos nós aqui – como tem sido comum todo tipo de burla, inclusive, usando-se o Poder Judiciário. E, aí, eu nem vou dizer usando, Presidente, eu vou dizer, abusando, embora não seja este o caso. Nós já votamos este assunto, eu já estava aqui, e Vossa Excelência idem, no caso dos chamados concurseiros. O aluno no quarto, quinto ano de Direito fazia concurso, conseguia aprovação, obtinha uma liminar, entrava num cargo de Procuradoria de Estado, do Ministério Público e depois se valia do prazo de quase dez anos até o trânsito em julgado da ação, quando já teria se formado. Quem começa a carreira com uma mentira certamente não servirá o interesse público democrático.

E, quando o Ministro Teori, no seu belo voto – que eu estou acompanhando em sua fundamentação e em sua conclusão –, afirma, logo no início, que haveria colisão ou conflito entre os valores do interesse público e do interesse, no caso, da recorrida, eu digo que eu nem acho que aqui o problema seria de interesse individual ou interesse da Administração; o interesse, no caso, não é da Administração Pública, é da sociedade. A sociedade tem de acreditar na Constituição e tem de cumpri-la sem que precisemos dizer que, num determinado caso, alguém não fez tais ou quais inflexões, até porque não podemos dizer isso no Supremo Tribunal Federal, já que tal dado ficou superado por ser fato. Aqui estamos em sede de Recurso Extraordinário.

É preciso cumprir rigorosamente o que Hely Lopes Meirelles chama de lei interna do concurso, ou da licitação, que é o edital.

Neste caso, o que se tem posto, pelas instâncias antecedentes, é exatamente o não cumprimento pela interessada do que estava previsto no edital. Quem perde uma etapa do concurso e busca judicialmente uma liminar sabe da sua natureza precária, porque liminar não gera direitos, não acarreta obrigações e não convalida situações.

E, no mês de maio deste ano, Presidente, há de se lembrar Vossa Excelência e os Senhores Ministros que eu trouxe uma cautelar, cujo julgamento tinha sido iniciado em 1992, com o Ministro Néri da Silveira relatando, e não terminamos até hoje. E não é porque o Supremo não trabalhe. O acúmulo de trabalho e o desempenho nosso é de estivador. É que não se dá cobro ao número de processos e, portanto, a essa delonga. Quer dizer, até que venha uma transformação do Poder Judiciário, não há que se apostar no descumprimento da Constituição e das leis por uma justiça artesanal para uma sociedade de demandas massificadas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministra Cármen, só antes de Vossa Excelência concluir, eu não quis interromper. Eu entendi e respeito plenamente. É só para não parecer que o Ministro Fux e eu não somos a favor dos concursos públicos; nós somos e radicalmente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Nem de longe alguém imaginaria que um Ministro do Supremo possa ser contra a Constituição, Ministro. Então, isso não está em jogo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – E nós prestamos os concursos, o Ministro Fux para promotor e para juiz, e eu para procurador do Estado; mas eu queria fazer uma observação. Quando eu fiz o meu concurso para procurador do Estado, em outra vida, em 1985, um colega da velha guarda, no tempo em que não havia concurso público, disse assim: hoje em dia, é muito fácil ter um cargo público, o sujeito estuda, faz concurso e passa. Difícil era no meu tempo, que, para conseguir uma nomeação, tinha que ser amigo da D. Alzira, tinha que ter uma carta do Negrão de Lima. Aí é que vocês iam ver como era difícil. Fazer concurso é fácil.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, e outra coisa, a candidata aqui fez concurso público, está dando a ideia de que não fez. Ela fez o concurso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas não passou. A Constituição manda que se faça e seja aprovado. Este é o dado. Aqui ela não passou.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, eu não queria reeditar a discussão. Só para deixar claro que nós somos a favor do concurso público também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas Ministro Barroso, acho que ninguém em sã consciência imaginaria que um Ministro do Supremo haveria de ser contra um concurso público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, porque Vossa Excelência disse: eu estou votando nesse sentido, porque sou a favor do concurso público. Eu estou votando no outro sentido, mas também sou.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E eu estou votando por mim, só. Eu não voto por ninguém, e, como disse no início, sempre respeitando os argumentos dos colegas.

Enfim, Senhor Presidente, por estes motivos e respeitando as posições contrárias, estou acompanhando integralmente o Ministro-Relator no sentido de prover, portanto, o recurso e julgar improcedente a ação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, tal como já tive oportunidade de me manifestar no debate, eu tenho a impressão de que este caso é bastante importante, porque, como se ressaltou a partir do voto do Ministro Teori Zavascki, havia uma certa zona de penumbra, uma certa confusão, a partir às vezes até de manifestações monocráticas, às vezes decisões no âmbito de outros tribunais sobre essa epígrafe bastante ampla do chamado fato consumado, fato consumado que obviamente não ocorre nas decisões judiciais, com todas as vênias, suscetíveis ainda de recursos, sob pena de invalidarmos até a posição constitucional deste Tribunal.

Fui uma das vozes mais enfáticas aqui na defesa da ideia de segurança jurídica, por exemplo, o caso *Infraero*, chamando a atenção para a necessidade de que respeitássemos aquela situação constituída, em que se misturou a passagem do tempo, decisões liminares por um período alongado, em face de decisão do Tribunal de Contas, numa época em que se controvertia se era legítima, ou não, a exigência de concurso público no âmbito das empresas estatais, tendo em vista a jurisprudência.

Mas aqui – e eu já tenho posição clara em relação a isso há muito tempo, inclusive sustentei isso também no âmbito da AGU – o que que nós temos? Nós temos inicialmente uma liminar, que permite, então, já há pouco comentava a Ministra Rosa Weber que a tutela poderia ter sido concedida para proceder à reserva de vaga, mas, não, fez-se a investidura no cargo. Depois, houve a ação ordinária. A ação foi julgada procedente.

Já, no Tribunal, não se discute a liceidade ou não da investidura, invoca-se pura e simplesmente o fato consumado. Pelo contrário, tal como se viu, o Tribunal assume a ilicitude da investidura. Entende que o exame físico foi regular e que ela não foi aprovada e entende que também ela não se submeteu ao exame psicotécnico.

Nem preciso dizer, para pessoas tão experientes, que a liminar com esse teor, no âmbito do concurso público, provoca uma série de dúvidas no que diz respeito ao princípio da aplicação da isonomia. Aquelas pessoas que não impugnaram e que foram reprovadas; aquelas pessoas que agora perdem vaga em função da vaga assegurada a esta candidata. Em suma, são muitas as questões que se podem suscitar.

Difícilmente, pode-se sustentar, com as vênias de estilo, que, passados dois, três, cinco ou sete anos, com a impugnação tempestiva, possa-se falar aqui em segurança jurídica para assegurar o direito substancial que se pretende, até porque, neste caso, nós estaríamos introduzindo mais um modelo, uma fórmula de preclusão, que seria esta fórmula de preclusão, a coisa julgada intercorrente, frustrando a manifestação do Supremo Tribunal Federal numa matéria desta relevância. Não quero nem fazer argumentos *ad terrorem*, mas, eu imagino – e tenho a experiência também de Advogado da União – que isso seria um estímulo para as falsas decisões liminares, para as decisões liminares que se convolariam em decisões definitivas por força, pelo simples transcurso do tempo.

A Lei nº 9.784 fixou o prazo de cinco anos, e muito razoavelmente fixou, e nós temos adotado, inclusive, esse prazo no âmbito do Supremo, até para exigir, por exemplo, que o Tribunal de Contas, de novo, dê uma oportunidade de defesa, por exemplo, para aqueles que têm a sua aposentadoria ou a pensão impugnada, mas tão somente isso, se decorrido o lapso temporal, mas não para tornar definitiva uma dada situação que foi devidamente impugnada.

Por outro lado, aquilo que está na Lei nº 9.784 presume, pressupõe uma inércia por parte da Administração, que, neste caso, nunca houve, como nós pudemos perceber da interposição da apelação, da interposição do recurso extraordinário.

Assim, eu não vejo como validar, no caso, a situação jurídica pretendida. E, pedindo todas as vênias ao Ministro Barroso e ao Ministro Fux, e reconhecendo a consistência dos argumentos trazidos por Suas Excelências, eu entendo que razão tem aqui o Relator no seu douto e bem fundamentado voto, por isso o acompanho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, nunca é demais ressaltar que estamos atuando em sede extraordinária e, embora julguemos o pedido formulado em uma ação ordinária, o fazemos em uma via muito estreita, considerado o instrumento, ou seja, o recurso de natureza extraordinária, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre os temas versados pela recorrente.

O que colho do acórdão formalizado – e não posso afastar essas premissas fáticas? Que a recorrida se submeteu a um concurso público e aquiesceu, portanto, às regras do edital. Passou pela primeira etapa, foi aprovada na prova de conhecimento, mas veio a ser – e isso está declarado no acórdão – reprovada no teste físico. Mais ainda, muito embora, mediante uma decisão que o Tribunal de Justiça apontou como interlocutória, tenha sido viabilizada a quarta etapa – curso de formação – não se submeteu ao psicotécnico e pretendeu substituir esse exame – ao qual os demais candidatos se submeteram – por um atestado médico particular.

Dir-se-á que ela logrou uma liminar. E realmente logrou, mas a natureza da liminar é, como ressaltou o relator, precária e efêmera. Mesmo que tenha sido julgada matéria de fundo da ação cautelar preparatória de forma positiva, esse pronunciamento também ficou submetido a uma condição resolutive. Não podemos, portanto, potencializar a decisão judicial obtida, repito, num processo que se mostrou acessório do principal, que acabou surgindo mediante o ajuizamento da ação ordinária.

Há de haver, Presidente, o tratamento igualitário. O Supremo, considerada a passagem do tempo, teria razões maiores para referendar a definitividade no cargo público, porque, quando o Tribunal de Justiça julgou a apelação do Estado, contava a recorrida com sete anos de exercício. Hoje, ela conta – como tive a oportunidade de ressaltar, já que foi empossada no dia 25 de janeiro de 2002 – com doze anos, seis meses e doze dias, mas numa situação, repito, que não se mostrou definitiva, numa situação precária, a depender do sucesso no tocante à ação ordinária ajuizada.

Não pode haver, fora das hipóteses previstas na Constituição, flexibilização do concurso público. Até aqui, a recorrida teve, inclusive, vantagem, porque logrou, nesse período, sem ter direito, sob a minha óptica, de receber vencimentos. A questão da devolução ou não dos vencimentos resolve-se presente a teoria do servidor de fato. Os vencimentos não terão que ser devolvidos, e os atos praticados são considerados válidos.

Por isso, peço vênias aos dois colegas que divergiram – os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux –, para desprover o recurso extraordinário interposto. Acompanho Sua Excelência o ministro Teori Zavascki. Provejo o recurso e julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Reversão, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu também vou pedir vênia à divergência e ressalto a preocupação sempre bem-vinda do eminente Ministro Roberto Barroso, trazendo um raciocínio sofisticado no sentido de tentar circunscrever as teses que nós estamos aprovando em sede de repercussão geral. Eu felicito Vossa Excelência pelo esforço. Acho que é um esforço benfazejo e que deve ser repetido sempre que possível, e Vossa Excelência tem contribuído muito para que nós afinemos os nossos pontos de vista num sentido muito preciso quando julgamos uma repercussão geral, tendo em vista exatamente que ela repercutirá, como diz o próprio nome, por todo o País em todas as instâncias jurisdicionais.

Mas, neste caso, Ministro Barroso e Ministro Fux, não me sinto à vontade para acompanhar o raciocínio de Vossas Excelências, pelas razões já aduzidas, mas fundamentalmente porque também constato aqui que o acórdão recorrido diz exatamente isto: que, na verdade, a nomeação e a posse da recorrida no cargo se deram por força de uma liminar. E este acórdão nada mais fez do que confirmar essa liminar com base na teoria do fato consumado. E o que chama atenção – o Ministro Marco Aurélio ressaltou esse fato – é que essa expressão foi escrita em maiúsculas – TEORIA DO FATO CONSUMADO. Aliás, eu nunca ouvi falar dessa teoria, nunca li um livro dessa teoria, não conheço nenhum autor que tenha escrito sobre essa teoria do fato consumado. É uma teoria, para mim, *data venia*, nova. Já ouvi falar na *politique du fait accompli*, os franceses usam muito essa frase desde Richelieu, século XVII, que foi o Primeiro Ministro todo-poderoso de Luís XIII – e, com isso, colocava os seus adversários em xeque. Mas essa teoria, para mim, é absolutamente estranha.

Então, como estamos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, eu tenho receio de que, se nós placitássemos esse acordo, estaríamos confirmando uma teoria que, a meu ver, nem existe no domínio do pensamento jurídico nacional e até internacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, só para fazer justiça a um procurador de brilho inegável, o Doutor Odim escreveu uma obra fazendo um inventário sobre a teoria do fato consumado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Bom, então, é uma novidade para mim, mas teve pouca circulação essa teoria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas se colocar numa pesquisa de jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça deve ter uns quinhentos acórdãos, no mínimo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Mas ela alude, na verdade, a fatos consumados. Isso é tranquilo, a Teoria do Direito Administrativo fala.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ele faz um esforço de delimitação exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Mas essa teoria, para mim, se existir, é algo, *data venia*, enfim, um pouco estranha.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu concordo com Vossa Excelência plenamente; o nome é muito infeliz. Eu me lembro de que uma vez eu estava entrando num jogo de futebol, o sujeito da minha frente deu um passo e entrou no estádio, aí o bilheteiro perguntou: cadê o seu ingresso? Ele disse: agora já entrei. Quer dizer, essa é a teoria do fato consumado, evidentemente não pode ser geradora de direito. Eu concordo com Vossa Excelência. Por isso que eu, no meu voto, disse: olha, eu não defendo teoria do fato consumado, eu estou defendendo o princípio da proteção da confiança.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência explicitou muito bem o seu voto e, realmente, merece todos os encômios. Aliás, o nosso Decano também o secundou e outros também na preocupação que esta Suprema Corte tem em prestigiar o princípio da confiança.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482

PROCED.: RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECDO.(A/S): VANUSA FERNANDES DA ARAÚJO

ADV.(A/S): FRANCISCO EDELTRUDES DUARTE NETO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário 07.08.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.
p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte – Assessora-Chefe do Plenário.

AG.REG. NA AÇÃO ORIGINÁRIA 1.679 – DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

AGTE.(S): ROSICLÉA LEANDRO RODRIGUES LIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): FERNANDO ANTÔNIO JAMBO MUNIZ FALCÃO E OUTRO(A/S)

AGTE.(S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): OS MESMOS

INTDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo previsto pelo art. 317, RISTF, considerada a regra do art. 188 do CPC.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” às quais se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus* (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.2.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP submetem-se, consequentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.347/1992 e art. 1º da Lei nº 9.494/1997.

3. Agravo regimental interposto pela União não conhecido. Agravo regimental interposto pelos demandantes improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do agravo regimental interposto pela União e negar provimento

ao agravo regimental interposto pelos demandantes, nos termos do voto do Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 26 de agosto de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI,

Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de agravos regimentais interpostos contra decisão monocrática que declinou a competência desta Corte para processar e julgar o pedido inicial, com os seguintes fundamentos:

(...) 2. Há uma questão de ordem pública a ser examinada. O art. 102, I, 'r', da Constituição estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para "processar e julgar, originariamente, (...) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público". Em acórdão unânime do Plenário, de 18.12.2013, a Corte definiu o sentido e o alcance dessa norma constitucional de competência, firmando a seguinte orientação:

(...)

Portanto, segundo a orientação adotada pelo Plenário, as "ações" a que se refere o art. 102, I, "r" da Constituição Federal são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*. As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual.

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, evidenciada a incompetência do Supremo Tribunal Federal para a presente causa, revogo a liminar concedida, ficando prejudicado o agravo regimental, e determino a remessa dos autos ao Juízo competente, a Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal.

Sustentam os demandantes, em síntese, que a alteração da interpretação da regra de competência viola os princípios constitucionais do juiz natural e da segurança jurídica (fls. 447-462).

A União, nas razões do agravo regimental de fls. 465-475, aduz, em suma, que: (a) não há jurisprudência no STF sobre o assunto; (b) a competência do STF não pode ser modificada apenas em virtude da observância – ou não – do prazo para a impetração do mandado de segurança; (c) o CNJ possui capacidade de ser parte e, apesar de não ter personalidade jurídica, tem personalidade processual; (d) a interpretação (literal, sistemática e teleológica) do art. 102, I, 'r', da Constituição, não permite que se leve em consideração a natureza do processo para fixar ou afastar a competência originária do STF.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. É intempestivo o agravo regimental interposto pela União. A decisão agravada foi publicada em 28/03/2014. A Advocacia-Geral da União foi pessoalmente intimada em 1º de abril de 2014, terça-feira, certidão de fl. 445. O prazo para recurso teve início em 02/04/2014, quarta-feira, encerrando-se em 11/04/2014, sexta-feira. O agravo regimental somente foi protocolado eletronicamente em 17/04/2014 (fl. 476), sem causa de interrupção ou suspensão do prazo recursal, fundamento para não conhecer do recurso, nos termos do art. 317, RISTF, considerada a regra do art. 188 do CPC.

2. O recurso interposto pelos demandantes não merece prosperar. O art. 102, I, 'r', da Constituição estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para “processar e julgar, originariamente, (...) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”. Em acórdão unânime do Plenário, de 18.12.2013, a Corte definiu o sentido e o alcance dessa norma constitucional de competência, firmando a seguinte orientação:

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) – CAUSAS DE NATUREZA CIVIL CONTRA ELE INSTAURADAS – A QUESTÃO DAS ATRIBUIÇÕES JURISDICIONAIS ORIGINÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, ART. 102, I, 'r') – CARÁTER ESTRITO E TAXATIVO DO ROL FUNDADO NO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REGRA DE COMPETÊNCIA QUE NÃO COMPREENDE QUAISQUER LITÍGIOS QUE ENVOLVAM IMPUGNAÇÃO A DELIBERAÇÕES DO CNJ – RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APENAS QUANDO SE CUIDAR DE IMPETRAÇÃO de mandado de segurança, de *habeas data*, de *habeas corpus* (se for o caso) ou de mandado de injunção NAS SITUAÇÕES EM QUE O CNJ (órgão não personificado definido como simples “parte formal”, investido de mera “personalidade judiciária” ou de capacidade de ser parte) FOR APONTADO como órgão coator – LEGITIMAÇÃO PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO FEDERAL NAS DEMAIS HIPÓTESES, PELO FATO DE AS DELIBERAÇÕES DO CNJ SEREM JURIDICAMENTE IMPUTÁVEIS

À PRÓPRIA UNIÃO FEDERAL, QUE É O ENTE DE DIREITO PÚBLICO EM CUJA ESTRUTURA INSTITUCIONAL SE ACHA INTEGRADO MENCIONADO CONSELHO – COMPREENSÃO E INTELIGÊNCIA DA REGRA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA INSCRITA NO ART. 102, I, 'r', DA CONSTITUIÇÃO – DOCTRINA – PRECEDENTES – AÇÃO ORIGINÁRIA NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de impugnação a deliberações emanadas do Conselho Nacional de Justiça, tem sido reconhecida apenas na hipótese de impetração, contra referido órgão do Poder Judiciário (CNJ), de mandado de segurança, de *habeas data*, de *habeas corpus* (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNJ qualificar-se-á como órgão coator impregnado de legitimação passiva *ad causam* para figurar na relação processual instaurada com a impetração originária, perante a Suprema Corte, daqueles *writs* constitucionais. Em referido contexto, o Conselho Nacional de Justiça, por ser órgão não personificado, define-se como simples “parte formal” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I/222-223, item nº 5, 4ª ed., 1995, Forense; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, p. 15/17, item nº 5, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.), revestido de mera “personalidade judiciária” (Victor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, p. 424/439, 1960, Forense), achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil*, p. 101, 5ª ed., 2013, RT; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I/101, item nº 70, 54ª ed., 2013, Forense; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 233, item nº 5, 13ª ed., 2013, RT, v.g.), circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais. Precedentes. – Tratando-se, porém, de demanda diversa (uma ação ordinária, p. ex.), não se configura a competência originária da Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestado, inclusive, em julgamentos colegiados, eis que, nas hipóteses não compreendidas no art. 102, I, alíneas 'd' e 'q', da Constituição, a legitimação passiva *ad causam* referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ. Doutrina. Precedentes (AO 1706 AgR/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/12/2013, DJe de 18/02/2014).

Transcrevo o voto do Ministro relator:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, *com integral fidelidade*, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Cabe registrar, *desde logo*, que não se desconhece que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida –, não comporta a possibilidade **de ser estendida** a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em “*numerus clausus*”, pelo rol exaustivo **inscrito** no art. 102, I, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência **desta própria** Corte (RTJ 43/129 – RTJ 44/563 – RTJ 50/72 – RTJ 53/776).

Esse regime de direito estrito, a que se submete a definição da competência institucional do Supremo Tribunal Federal, tem levado esta Corte Suprema, por efeito **da** taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se **acham** inscritas no texto constitucional – tais como ações populares (RTJ 121/17, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 141/344, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 352/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – Pet 431/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – Pet 487/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Pet 1.641/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ações civis públicas (RTJ 159/28, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – Pet 240/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA) ou ações cautelares, ações ordinárias, ações *declaratórias* e medidas cautelares (RTJ 94/471, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **Pet** 240/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – Pet 1.738-Agr/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, mesmo *que instauradas* contra o Presidente da República, ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou, *ainda*, contra **qualquer** das autoridades, que, *em* matéria penal (CF, art. 102, I, “**b**” e “**c**”), **dispõem** de prerrogativa de foro perante esta Corte ou que, em sede de mandado *de* segurança, estão sujeitas à jurisdição **imediata** deste Tribunal.

Essa orientação jurisprudencial, *por sua vez*, tem o beneplácito de autorizados doutrinadores (ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 180, item nº 7.8, 6ª ed., 1999, Atlas; RODOLFO DE

CAMARGO MANCUSO, *Ação Popular*, p. 129/130, 1994, RT; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 122, 19ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1998, Malheiros; HUGO NIGRO MAZZILLI, *O Inquérito Civil*, p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, *Proibidade Administrativa*, p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros, v.g.), cujo magistério **também** assinala não **se** incluir, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o poder de processar e julgar causas de natureza *civil* não referidas no texto da Constituição.

A *ratio* subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **vincula-se** à necessidade de *inibir* indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Esses fundamentos traduzem, *em suma*, **os elementos que norteiam** a orientação jurisprudencial desta Corte a **propósito** da compreensão e dos limites que conformam o reconhecimento de sua própria competência originária, cuja base normativa **resulta**, diretamente, do texto constitucional.

Nem se diga que a norma **consubstanciada** no art. 102, I, "r", da Constituição autorizaria o reconhecimento, *na espécie*, da competência **originária** do Supremo Tribunal Federal **para apreciar** a presente causa.

É certo que a Constituição da República, em regra **especial** de competência, conferiu, *a esta Suprema Corte*, atribuição para apreciar, em sede originária, "*as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público*" (CF, art. 102, I, "r", na redação dada pela EC nº 45/2004).

Ocorre que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de impugnação a deliberações **emanadas** do Conselho Nacional de Justiça, **tem sido reconhecida** apenas na hipótese **de impetração**, *contra referido órgão* do Poder Judiciário (CNJ), de mandado de segurança, de "*habeas data*", de "*habeas corpus*" (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNJ qualificar-se-á *como órgão coator* impregnado de legitimação passiva *ad causam* **para figurar** na relação processual **instaurada** com a impetração originária, **perante** esta Suprema Corte, **daqueles writs** constitucionais. Em referido contexto, **o Conselho Nacional de Justiça**, por ser

órgão não personificado, **define-se** como simples “*parte formal*” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I/222-223, item nº 5, 4ª ed., 1995, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p. 15/17, item nº 5, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.), **revestido** de mera “personalidade judiciária” (VICTOR NUNES LEAL, *Problemas de Direito Público*, p. 424/439, 1960, Forense), achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte (LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Código de Processo Civil*, p. 101, 5ª ed., 2013, RT; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I/101, item nº 70, 54ª ed., 2013, Forense; NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 233, item nº 5, 13ª ed., 2013, RT, v.g.), circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais.

Tratando-se, *porém*, de demanda diversa (uma ação ordinária, *p. ex.*), **como sucede no caso**, não se configura a **competência originária** desta Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestado em julgamentos monocráticos e colegiados (Pet 3.986-AgR/TO, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – ACO 1.733/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – ACO 1.734/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – Pet 4.309-TA/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 4.404/DF, Rel. Min. EROS GRAU – Pet 4.492/DF, Rel. Min. EROS GRAU – Pet 4.571–MC/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que, nas hipóteses não compreendidas no art. 102, I, **alíneas “d” e “q”**, da Constituição, a legitimação passiva “*ad causam*” **referir-se-á, exclusivamente**, à União Federal, **pelo fato** de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça **serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ:**

“(…) 2. **Uma leitura apressada do texto constitucional pode levar à conclusão pela competência desta Corte de Justiça para processar e julgar toda e qualquer demanda em que se discuta ato do CNJ. Sucede que a Magna Lei fixa a competência originária do Supremo Tribunal Federal apenas quando o próprio Conselho figure no polo passivo da ação, como se dá nas hipóteses de impetração de mandado de segurança, mandado de injunção e habeas data. Nesses casos, o órgão (CNJ), e não a pessoa (União), comparece diretamente na defesa de ato por si editado. Tem-se, então, a situação de personalidade judiciária conferida ao órgão da pessoa político-administrativa para defesa de seus atos e prerrogativas, objetos dessas ações constitucionais.**

3. **Com efeito**, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário, **nos termos do inciso I-A do art. 92 da Magna Lei**. Donde se **conclui** que é a União, e não o CNJ, a pessoa legitimada **a figurar no polo passivo de ações ordinárias** em que se questionem atos **daquele Conselho**. **Polo passivo** em que a União **deve comparecer representada pela sua Advocacia-Geral**, como determina a **cabeça do art. 131 da Lei Maior**. (...)."

(ACO 1.704/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

Vale destacar, *no ponto*, as observações de JOSÉ AFONSO DA SILVA (Comentário Contextual à Constituição, p. 563/564, item 6.11, 7ª ed., 2010, Malheiros Editores):

"Ações contra os Conselhos de Justiça e do **Ministério Público**. **Matéria inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 com o acréscimo da alínea 'r' ao inciso I do artigo em comentário, pela qual se dá competência originária ao STF para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público**. Essa competência assim estendida **às** ações em geral (*civis, comerciais, administrativas*) cria **algumas dificuldades, porque esses Conselhos não têm personalidade jurídica para serem sujeitos de direito e obrigações para serem partes de relação jurídica processual**. Quem responde por **órgãos** federais, como é o caso, **perante a jurisdição**, é a União; portanto, as ações, **em tais casos**, são contra ela, e não **contra os órgãos**, e a competência **para o processo** é da Justiça Federal, **nos termos do art. 109, I**. **O que esses Conselhos têm é personalidade judiciária, porque seus atos podem dar ensejo ao mandado de segurança, habeas corpus e, possivelmente, habeas data**. **O certo, pois, teria sido incluí-los no contexto da alínea 'd' do inciso I do artigo**." (grifei)

Assinalo, para efeito de mero registro, que esta Suprema Corte tem procedido a uma interpretação estrita da norma de competência consubstanciada no art. 102, I, "r", da Constituição, buscando delimitar o alcance dessa cláusula constitucional, como o evidenciam os precedentes firmados *em julgamento plenário desta Suprema Corte*, nos quais se **deixou** assentado que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência para processar e julgar, originariamente, ações ordinárias **eventualmente** ajuizadas **com o objetivo** de converter esta Corte em verdadeira instância revisional de qualquer deliberação do CNJ **que não afete** as decisões e a competência **dos demais** órgãos judiciários nem apreciar, *em caráter originário*, **aquelas ações ordinárias** em que a União,

pessoa jurídica de direito público, ostente legitimação ad causam para figurar no polo passivo da relação processual, ainda que o litígio envolva discussão sobre deliberação do Conselho Nacional de Justiça:

*“(..). 1. A competência originária do Supremo Tribunal para processar e julgar ações **contra** o Conselho Nacional de Justiça **não o transforma** em instância revisora de toda e qualquer decisão desse órgão administrativo.*

*2. As decisões do CNJ **que não interferem** nas esferas de competência dos tribunais ou dos juízes **não substituem** aquelas decisões por eles proferidas, **pelo que não atraem** a competência do Supremo Tribunal.”*

(MS 29.118-AgR/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno – grifei)

*“(..). a jurisprudência desta Casa **tem conferido interpretação estrita** à competência insculpida na **alínea ‘r’** do inciso I do art. 102 da Carta Política, **vinculando-a às hipóteses em que o CNJ, órgão do Poder Judiciário, teria personalidade judiciária para figurar no polo passivo da lide** – mandados de segurança, habeas corpus, habeas data. **Nas ações ordinárias ajuizadas contra a União – ente dotado de personalidade jurídica –, ainda que envolvendo discussão acerca de ato emanado do CNJ, a competência é da Justiça Federal.”***

(AO 1.718/DF, Rel. Min. ROSA WEBER – grifei)

*“(..). 1. O STF **não se reduz** à singela instância revisora das decisões proferidas pelo CNJ.*

*2. **Em especial**, descabe compelir o CNJ a adotar a providência de fundo entendida pela parte interessada como correta, se a decisão impugnada não tiver alterado relações jurídicas ou, de modo ativo, agravado a situação de jurisdicionado. **Cabe à parte interessada, que não teve sua pretensão atendida no campo administrativo com uma decisão positiva-ativa, buscar a tutela jurisdicional que, no caso, é alheia à competência originária do STF.”***

(MS 28.133-AgR/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno – grifei)

Vale observar, *no ponto*, que esse entendimento – **que não reconhece**, em casos como o que ora se examina, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações ajuizadas **contra** o Conselho Nacional de Justiça, **exceto** aquelas referidas **nas alíneas “d” e “q”** do inciso I do art. 102 da Constituição, **remanescendo** as demais causas na esfera das atribuições jurisdicionais da Justiça Federal comum – tem sido reafirmado *em outros julgamentos* desta Suprema Corte, além

daqueles anteriormente já mencionados (ACO 1.680/AL, Rel. Min. AYRES BRITTO – ACO 1.704/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – ACO 1.796/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ACO 1.801-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 3.986– AgR/TO, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).

Manifesta, pois, a falta de **competência originária** do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a presente causa, considerado o que dispõe, em norma de direito estrito (**assim interpretada** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), o art. 102, I, “r”, da Constituição.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

Portanto, segundo a orientação adotada pelo Plenário, as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r” da Constituição Federal são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*. As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual.

Poder-se-ia argumentar, contra essa orientação, que não faz sentido submeter a juízo de primeiro grau a possibilidade de anular ou suspender, até liminarmente, ato emanado daqueles Conselhos. Essa preocupação, na verdade, se estende a atos administrativos de outras autoridades e órgãos, como o Presidente da República, o próprio Supremo Tribunal Federal, os demais Tribunais Superiores, o Conselho da Justiça Federal, e assim por diante, cujo ataque, por mandado de segurança, é submetido a órgão jurisdicional superior. Ocorre, todavia, que a própria Constituição estabeleceu distintos regimes de competência em casos tais, que é definida segundo o critério da natureza do procedimento adotado. Assim, quando contestados por mandado de segurança – ação de procedimento especialíssimo, dirigido contra a própria autoridade que editou o ato atacado, que nela comparecerá diretamente – a competência é atribuída a um órgão jurisdicional de nível superior. Assim, por exemplo, mandados de segurança contra atos do Presidente da República e do STF serão da competência do STF (CF, art. 102, I, *d*); contra atos de Ministros de Estado ou do STJ serão da competência do STJ (CF, art. 105, I, *b*) e assim por diante. Todavia, quando esses mesmos atos são contestados por outra via procedimental, a demanda será da competência do juízo de primeiro grau, nela figurando como parte demandada, não a autoridade que editou o ato atacado, mas a pessoa jurídica de direito público a que integra.

Pois bem, nesses casos, o próprio legislador, certamente preocupado com eventuais excessos ilegítimos, cercou o procedimento comum com diversas medidas de garantia. Assim, há expressa vedação legal à concessão de medidas provisórias, cautelares ou antecipatórias, em ações dessa natureza. É o que estabelece o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992 (“Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”), a saber:

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Da mesma forma, a sentença de primeiro grau, em certos casos, não terá exequibilidade imediata, ficando submetida a reexame necessário e a recurso de apelação, ambos com efeito suspensivo (art. 3º da Lei nº 8.347/1992). Ademais, tanto a sentença, quanto a liminar, podem ter sua execução suspensa por ato da presidência do tribunal nas situações indicadas no art. 4º e seu § 1º da mesma Lei nº 8.347/1992, a saber:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Cumpra registrar que essas disposições, constantes dos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.347/1992, são também aplicáveis “à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC”, conforme previsão expressa do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997 (“Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública (...”), cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 4-MC, Min. Sydney Sanches, DJ de 21.05.1999.

3. Diante do exposto, não conheço do agravo regimental interposto pela União e nego provimento ao agravo regimental interposto pelos demandantes. É o voto.

SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA AÇÃO ORIGINÁRIA 1.679

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

AGTE.(S): ROSILÉA LEANDRO RODRIGUES LIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): FERNANDO ANTÔNIO JAMBO MUNIZ FALCÃO E OUTRO(A/S)

AGTE.(S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO AGDO.(A/S): OS MESMOS

INTDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, não conheceu do agravo regimental interposto pela União e negou provimento ao agravo regimental interposto pelos demandantes, nos termos do voto do Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. 2ª Turma, 26.08.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Déborah Duprat.

Ravena Siqueira,

Secretária.

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS 128.921 – RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): SILVIO AGUSTINHO NETO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

1. *Habeas Corpus*. 2. Código de Trânsito Brasileiro. Direção sem Habilitação, art. 309; e, Lesão Corporal, art. 303. 3. Incidência do Princípio da Consunção. O Crime de Dirigir sem Habilitação é Absorvido pelo Delito de Lesão Corporal 4. Precedentes de Ambas as Turmas. 5. Falta de Representação da Vítima 6. Ordem Concedida para Restabelecer a Decisão de Primeiro Grau que Rejeitou a Denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem para restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de agosto de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES**,

Relator.

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em favor de Silvio Agostinho Neto, contra decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou provimento ao AgReg no RHC nº 56.188/RJ.

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado por suposta prática do crime descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir sem habilitação), uma vez que, ao conduzir automóvel em via pública sem habilitação, colidiu com outro, causando lesões em passageiros de seu veículo.

O Juízo de primeiro grau rejeitou a denúncia, com base no art. 395, II, do CPP, por entender que o delito do art. 309 foi absorvido pela conduta de praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, tipificada no art. 303 do CTB, crime de ação pública condicionada à representação que, por sua vez, não foi formalizada, dando azo à extinção da punibilidade (eDOC 4, p. 30-31).

O Ministério Público interpôs apelação na Primeira Turma Recursal, que deu provimento ao recurso, anulando a sentença e determinando o prosseguimento do feito quanto ao crime de dirigir sem habilitação.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, distribuído à Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo-lhe sido denegada a ordem, conforme acórdão assim ementado:

Habeas Corpus requerido em prol de cidadão que foi denunciado como incurso nos artigos 303 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997); tendo sido absolvido pelo Juizado Especial Criminal da Barra da Tijuca, firme no fundamento de que a renúncia, pelo indivíduo levemente lesionado, em colisão de veículos causada pelo paciente aludido, absorveu a direção sem habilitação; mas cassado a Sentença pela 1ª Turma Recursal, no entendimento da inexistência da absorção em tela. Alegação de constrangimento ilegal. Informações. Opinar ministerial por contrário ao *writ*. Concordância. Conduta de dirigir veículo motorizado sem ter a carteira nacional de habilitação, antes, simples contravenção, punida com multa, mas hoje, elevada ao patamar de delito, correlato a uma pena privativa de liberdade, cabendo substituição por restritivas. Opção do legislador pátrio em tornar mais severas as normas viárias, no cotejo da grande selvageria, e indisciplina, em todo o território brasileiro; o que faz necessário um firme combate. Bem jurídico afetado pela lesão corporal, traduzido na integridade física ou saúde de pessoa. Bem jurídico tutelado por condução de tais veículos sem habilitação, que se resume na segurança geral, de pessoas indeterminadas; logo, de natureza coletiva. Ordem denegada.

Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso ordinário em *habeas corpus* nos STJ. Monocraticamente, negou-se seguimento ao recurso, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO RECURSO. AUSÊNCIA DA RENÚNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA DE LESÕES CORPORAIS. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.

Na sequência, foi interposto agravo regimental, ao qual foi negado provimento, conforme ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Cabe ao impetrante o escorreito aparelhamento do remédio heroico, bem como do recurso ordinário dele originado, indicando, por meio de prova pré-constituída, o constrangimento ilegal alegado.
2. Ausentes quaisquer documentos comprobatórios das irresignações defensivas, inviável a análise das questões por este Superior Tribunal de Justiça.
3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.
4. Agravo regimental desprovido.

Nesta Corte, a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que as instâncias inferiores reconheceram a expressa renúncia ao direito de representação pela vítima no que tange à conduta imputada ao paciente, tratando-se, então, de fato incontroverso. Aduz que a questão trazida ao STJ foi jurídica e não fática. Ressalta, ainda, que a renúncia à representação pela vítima impede a punição pelo crime do art. 309 do CTB, já que se trata de crime de ação penal condicionada à representação.

Requer a concessão da liminar para que haja a suspensão do processo em trâmite na primeira instância, até a decisão final a ser proferida neste *writ*.

Por vislumbrar presentes os requisitos legais, deferi o pedido liminar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial da impetração e, nessa extensão, pela concessão da ordem para determinar ao STJ que julgue o mérito do RHC nº 56.188/RJ.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, a defesa busca o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia, nos termos do art. 395, II, do CPP, pela prática, em tese, do delito de dirigir sem habilitação.

Entendo assistir razão à impetrante.

Logo se vê que a decisão objurgada não está em harmonia com o entendimento de ambas as turmas desta Corte.

Com efeito, é consenso que o crime de dirigir sem habilitação, previsto no art. 309 do CTB, é absorvido pelo delito de lesão corporal culposa, tipificado no art. 303 do mesmo diploma legal, em direta aplicação do princípio da consunção. Isso porque, nos termos da lei de trânsito, já é causa de aumento de pena para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, o fato de o agente não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação.

Assim, levando em conta a vedação de *bis in idem*, não se pode admitir que o mesmo fato seja atribuído ao paciente como crime autônomo e, ao mesmo tempo, como causa especial de aumento de pena. Nesse sentido, vem a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DO ART. 309. ABSORÇÃO PELO DO ART. 303. FALTA DE REPRESENTAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. O agente que causa lesão corporal a outrem, ao dirigir veículo, em via pública, sem habilitação, responde pelo delito de lesão corporal culposa, com o aumento de pena pela falta de habilitação (CTB, art. 303 parágrafo único c/c art. 302, parágrafo único, inciso I). O fato de dirigir sem habilitação fica absorvido pelo delito de lesão corporal. Não caracteriza, a espécie, o crime autônomo de dirigir sem habilitação (CTB, art. 309). Se a vítima não oferecer a necessária representação pelo delito de lesão, desaparecem ambos os fatos, pelo princípio da consunção. Tranca-se a ação penal. *Habeas Corpus* deferido. (HC 80.436, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.11.2000);

HABEAS CORPUS – FALTA DE HABILITAÇÃO/PERMISSÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR (CRIME DE PERIGO) – ACIDENTE DE TRÂNSITO – LESÕES CORPORAIS CULPOSAS (CRIME DE DANO) – VÍTIMA QUE NÃO OFERECE REPRESENTAÇÃO DENTRO DO PRAZO LEGAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE – ABSORÇÃO DO CRIME DE PERIGO (CTB, ART. 309) PELO DELITO DE DANO (CTB, ART. 303) – PEDIDO DEFERIDO.

– O crime de lesão corporal culposa (crime de dano), cometido na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), por motorista desprovido de permissão ou de habilitação para dirigir, absorve o delito de falta de habilitação ou permissão tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (crime de perigo).

– Com a extinção da punibilidade do agente, quanto ao delito de lesão corporal culposa, tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (crime de dano), motivada pela ausência de representação da vítima, deixa de subsistir, autonomamente, a infração penal consistente na falta de habilitação/permissão para dirigir veículo automotor, prevista no art. 309 do CTB (crime de perigo). (HC 80.289. Rel Min. Celso de Mello. Segunda Turma, Dje 21.11.2000).

Ressalto, ainda, que o crime imputado ao paciente, art. 303 do CTB, é de ação pública condicionada à representação, o que – como se infere da própria nomenclatura – só pode ser perseguido mediante a representação do ofendido. No caso concreto, uma das vítimas renunciou expressamente ao direito de representação e a outra, tacitamente, não compareceu à audiência preliminar, apesar de regularmente notificada para tanto (eDOC 3, p. 100). Prova disso é o pedido de arquivamento do feito pela extinção da punibilidade do então denunciado, apresentado pelo Ministério Público (eDOC 3, p. 102) e de pronto atendido pelo magistrado (eDOC 3, p. 104).

Nessa perspectiva, na medida em que as próprias vítimas renunciaram à faculdade de representar, imperativo o reconhecimento da extinção da punibilidade do crime de dirigir sem habilitação.

Esse é o entendimento consolidado de ambas as turmas:

O crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação para dirigir veículos, absorve o crime menos grave de dirigir sem habilitação (arts. 303, parágrafo único, e 309 do CTB). O crime de lesões corporais culposas é de ação pública condicionada à representação da vítima por expressa disposição legal (arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/1995). Na hipótese em que a vítima não exerce a faculdade de representar, ocorre a extinção da punibilidade do crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação, não podendo o paciente ser processado pelo crime menos grave de dirigir sem habilitação, que restou absorvido. Precedentes de ambas as Turmas. (HC 80.298, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJe 1-12-2000);

Por meio do disposto no art. 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de dirigir sem habilitação, mas também a efetivação por parte do agente do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (art. 303, parágrafo único, do CTB). Extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da vítima ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação, configura-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada, absorvido que fora por aquele, de maior gravidade. Entendimento assentado pela Primeira Turma no HC 80.041, Rel. Min. Octavio Gallotti. (HC 80.422, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ e 02-03-2001).

Ante o exposto, voto pela concessão da ordem para restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal.

SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 128.921

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): SILVIO AGUSTINHO NETO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para restabelecer a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 25.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira,

Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.512.647 – MG
(2013/0162883-2)**

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

ADVOGADOS: EDUARDO LUIZ BROCK

RAFAEL BARROSO FONTELLES

ELIANA RAMOS SATO E OUTRO(S)

HELIO FERREIRA PORTO E OUTRO(S)

EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

RECORRIDO: BOTELHO INDÚSTRIA E DISTRIBUIÇÃO CINEMATOGRAFICA LTDA

ADVOGADOS: PAULO EDUARDO GONTIJO NEVES E OUTRO(S)

VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA E OUTRO(S)

WILSON FURTADO ROBERTO E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. REDE SOCIAL. ORKUT. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR (ADMINISTRADOR). INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ESTRUTURA DA REDE E COMPORTAMENTO DO PROVEDOR QUE NÃO CONTRIBUÍRAM PARA A VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. RESPONSABILIDADES CONTRIBUTIVA E VICÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DANOS QUE POSSAM SER EXTRAÍDOS DA CAUSA DE PEDIR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDICAÇÃO DE URL'S. NECESSIDADE. APONTAMENTO DOS IP'S. OBRIGAÇÃO DO PROVEDOR. *ASTREINTES*. VALOR. AJUSTE.

1. Os arts. 102 a 104 da Lei nº 9.610/1998 atribuem responsabilidade civil por violação de direitos autorais a quem fraudulentamente “reproduz, divulga ou de qualquer forma utiliza”

obra de titularidade de outrem; a quem “editar obra literária, artística ou científica” ou a quem “vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem”.

2. Em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais. Há que investigar como e em que medida a estrutura do provedor de internet ou sua conduta culposa ou dolosamente omissiva contribuíram para a violação de direitos autorais.

3. No direito comparado, a responsabilidade civil de provedores de internet por violações de direitos autorais praticadas por terceiros tem sido reconhecida a partir da ideia de *responsabilidade contributiva* e de *responsabilidade vicária*, somada à constatação de que a utilização de obra protegida não consubstanciou o chamado *fair use*.

4. Reconhece-se a responsabilidade contributiva do provedor de internet, no cenário de violação de propriedade intelectual, nas hipóteses em que há intencional induzimento ou encorajamento para que terceiros cometam diretamente ato ilícito. A responsabilidade vicária tem lugar nos casos em que há lucratividade com ilícitos praticados por outrem e o beneficiado se nega a exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo.

5. No caso em exame, a rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas. Conforme constatado por prova pericial, a arquitetura do Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos autorais. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos julgados no direito comparado, em que provedores tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual. Descabe, portanto, a incidência da chamada *responsabilidade contributiva*.

6. Igualmente, não há nos autos comprovação de ter havido lucratividade com ilícitos praticados por usuários em razão da negativa de o provedor exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo, do que resulta a impossibilidade de aplicação da chamada *teoria da responsabilidade vicária*.

7. Ademais, não há danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir. Ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o ressarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

8. Quanto à obrigação de fazer – retirada de páginas da rede social indicada –, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Rcl 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 4/6/2014.

9. A responsabilidade dos provedores de *internet*, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus *sites*, envolve também a indicação dos autores da informação (IPs).

10. Nos termos do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC, pode o magistrado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, alterar o valor ou a periodicidade das *astreintes* em caso de ineficácia ou insuficiência ao desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Valor da multa cominatória ajustado às peculiaridades do caso concreto.

11. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório” (Súmula nº 98/STJ).

12. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti dando parcial provimento ao recurso especial em maior extensão, e a adequação do voto do Sr. Ministro Relator para acompanhar esse entendimento, a Segunda Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti (voto-vista), Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 13 de maio de 2015. (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda. Ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais em face de Google Brasil Internet Ltda. A autora sustenta ser uma das mais conceituadas empresas de educação jurídica do País, a qual oferece seus produtos mediante cursos em vídeo, por CD e DVD. Porém, surpreendeu-se com a comercialização ilegal de seus produtos por *sites* na internet (“pirataria”), notadamente na rede social chamada Orkut, pertencente à demandada.

Informa a autora ter notificado a requerida para que os vídeos pirateados contendo seus produtos fossem retirados das diversas comunidades (grupos) da rede Orkut, recebendo resposta da Google Brasil de que não poderia dar cumprimento ao pedido, em função de não terem sido informados os endereços eletrônicos (URLs), nos quais se encontravam as práticas ilícitas verificadas.

Por seu turno, a requerente aduz que, em 17 de março de 2008, providenciou outra notificação extrajudicial informando à Google que as comunidades em que as práticas delituosas estavam sendo praticadas haviam sido indicadas expressamente, razão por que entendeu a autora inexistir motivos para o descumprimento do pedido.

Em razão da alegada inércia da Google Brasil, a autora pleiteou a condenação da requerida em obrigação de fazer consistente na retirada de todas as mensagens relacionadas a aulas, cursos ou materiais do curso Tele-Jur; fornecimento do número IP e dados pessoais de cada usuário que cometeu o ilícito; fiscalização de novas mensagens envolvendo o nome Tele-Jur que estivessem vinculadas a cursos jurídicos, tudo isso sob pena de cominação de *astreintes*. Pediu, ainda, a condenação da ré ao ressarcimento de danos materiais a ser apurados por perícia e compensação de danos morais.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial para: (a) condenar a ré ao pagamento de danos materiais a ser apurados em liquidação de sentença ou, caso impossível a apuração, no valor previsto no parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/1998; (b) obrigar a Google a fornecer os IPs fixos e dinâmicos dos usuários e suas qualificações, bem como a retirada das páginas da rede social Orkut identificadas pela requerente. Não acolheu, todavia, o pleito referente ao dever de fiscalizar violações futuras sem a ajuda do titular do direito reclamado (fls. 402-406).

Ambas as partes apelaram (fls. 432-437 e 440-467), mas a sentença foi mantida tal como lançada. O acórdão de apelação recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVULGAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE OBRA SEM AUTORIZAÇÃO EM *SITE* DE RELACIONAMENTOS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PELO OFENDIDO QUANTO

AO ILÍCITO, RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DO *SITE* DE RELACIONAMENTOS RECONHECIDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO PELO OFENDIDO DAS URL'S DAS PÁGINAS. O provedor de internet, administrador do *site* de relacionamentos, ao permitir a criação de comunidades e perfis, bem como a divulgação de informações e comercialização de produtos e serviços, responde pelos danos causados a usuários ou terceiros, quando previamente comunicado pelo ofendido quanto aos ilícitos praticados por usuários e não toma qualquer providência, como ocorreu na hipótese. Não havendo provas da configuração de um legítimo dano moral, com o efetivo abalo da reputação da empresa ofendida e o consequente prejuízo comercial, indevida é a indenização pretendida a esse título. Comprovados os danos materiais suportados pela empresa ofendida, decorrentes da venda ilícita de sua obra, deve ser o provedor de internet condenado na reparação respectiva, assim como deve ser condenado na obrigação de fazer concernente à retirada dos conteúdos lesivos dos sítios por ele administrados, independentemente da indicação pelo ofendido dos IP's e URL's das páginas, na medida em que tais dados devem ser registrados pelo próprio provedor/administrador (fl. 536).

Opostos embargos declaratórios (fls. 547-564), foram rejeitados (fls. 567-573). Sobreveio recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda., apoiado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 461, 535 e 538, do Código de Processo Civil; art. 248 do Código Civil; art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e art. 104 da Lei nº 9.610/1998.

A recorrente aduz ter sido condenada ao cumprimento de obrigação de fazer impossível, pois não haveria como a Google fornecer dados de IP de usuários ou remover conteúdo violador de direitos autorais sem a indicação precisa da URL na qual estaria hospedado tal conteúdo. Sustenta que a ausência de URL impõe a necessidade de o provedor fazer varreduras em busca de algo que não foi especificamente determinado. Também por isso, descabe a incidência de multa diária, a qual, no caso em apreço, se tornou o objeto principal da demanda, uma vez que manifestamente excessiva.

Argumenta a Google que a responsabilidade do provedor de internet é subjetiva, dependente de culpa, a qual, no caso em apreço, é inexistente, uma vez que não houve inércia de sua parte em retirar do ar as páginas indicadas. Aduz, assim, não estar configurada sua responsabilidade civil por contrafação de obra alheia, pois não se manteve inerte, não reproduziu, adquiriu, expôs à venda ou distribuiu obra pirateada.

Pleiteia, finalmente, a reforma do acórdão quanto à multa aplicada por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios (CPC, art. 538, parágrafo único).

Inicialmente, o recurso especial não foi admitido (fls. 649-650), tendo recebido juízo positivo de admissibilidade por força de decisão da Quarta Turma no AgRg no AREsp. 350.363/MG, pela qual o agravo foi provido e o recurso afetado a esta Seção (fls. 776 e 777).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A recorrente insurge-se, em síntese, contra a obrigação de fazer que lhe foi imposta consistente na retirada de páginas hospedadas em rede social por ela administrada, também a obrigação de oferecer os dados IP de usuários e, finalmente, contra a condenação em indenização a ser apurada em liquidação de sentença.

É fato notório veiculado em vários meios de comunicação que a rede social Orkut, na qual as páginas aqui impugnadas estavam hospedadas, foi retirada do ar em setembro de 2014, tal como anunciado no portal do jornal *Folha de São Paulo e G1*, em reportagens datadas de 30/9/2014 (*Orkut sai do ar hoje após dez anos e dá lugar a museu digital de comunidades*. www.folha.uol.com.br, acessado em 10/3/2005; *Orkut sai do ar nesta terça; acesso chega a 7% dos internautas do Brasil*. g1.globo.com, acessado em 10/3/2005).

Porém, entendo que persiste a questão referente à obrigação de fazer imposta à recorrente. É que, caso contrário, estar-se-ia perpetuando obrigação de fazer a que foi condenada, com todos os seus consectários – como a multa cominatória e honorários sucumbenciais –, do que resulta o interesse recursal e higidez do seu objeto.

Outrossim, em consulta ao *site* <http://orkut.google.com>, verifica-se que há ainda um catálogo das ditas comunidades para a consulta, razão pela qual não está totalmente garantido que as páginas que movem o presente litígio tenham sido expurgadas automaticamente com o fechamento/transformação da rede social.

Além do mais, a jurisprudência acerca de eventual ilicitude em posturas notadamente omissivas de provedores de internet tem sido construída paulatinamente no âmbito desta Corte, principalmente em razão da ausência de disciplina legal específica até muito pouco tempo atrás (hoje há o denominado “Marco Civil da Internet”). A solidez de tal jurisprudência – muito embora sejam naturais alguns dissídios e oscilações em sua precoce elaboração – é de importância ímpar para a vida em sociedade, de modo que se possam traçar os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário em seara ainda obscura, como os ambientes virtuais nos quais, direta ou indiretamente, todos transitam atualmente.

De fato, saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, se noticiam

violações a direitos de toda ordem: intimidade, vida privada de pessoas, direitos autorais e de propriedade industrial, julgamentos sumários, linchamentos públicos de inocentes e espionagem global substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo.

Assim, parece mesmo de suma relevância o caso ora em julgamento, mormente porque permitirá a análise, ainda que indireta, da novel legislação de regência, além de tema inédito na jurisprudência pátria – a despeito das discussões internacionais –, relacionado à responsabilidade por violação de direitos autorais no âmbito da rede mundial de computadores, notadamente nas redes sociais.

Passo ao voto.

3. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes. Basta que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses da recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade.

4. Quanto à condenação imposta, ressalto que o pedido de indenização por danos morais foi julgado improcedente em primeira instância, mantida a rejeição em grau de apelação, ponto contra o qual não houve recurso, operando-se a preclusão.

Remanesce a condenação por danos materiais em razão de contrafação do material de autoria da recorrida, cuja comercialização apontada como ilegal havia sido oferecida em rede social administrada pela recorrente – Orkut.

O Juízo de primeiro grau solucionou a controvérsia, no tocante à apontada conduta ilícita da ora recorrente, nos termos da seguinte fundamentação:

[...] Portanto, dependendo da situação, entendo que a responsabilização desse tipo de *site* pode variar, passando pela responsabilidade objetiva, em verdadeira atividade de risco, como também pela responsabilização subjetiva, cuja caracterização dependerá de provação [*rectius* provocação] do ofendido para ser caracterizada.

Na responsabilidade objetiva indispensável a comprovação de ato ilícito, nexa causal e dano, enquanto na responsabilidade subjetiva, necessita-se, além desses requisitos já falados, a comprovação da culpa ou dolo também. Nesse contexto, embora ciente da possibilidade de se enquadrar a requerida na responsabilidade objetiva, independente de culpa ou dolo, em função de sua atividade de risco, entendo que no caso a responsabilização só pode ocorrer de forma subjetiva.

Isso porque os casos em que se decidiu pela responsabilização objetiva do requerido eram aqueles em que a ilicitude da conduta do usuário restava evidente, não havendo necessidade alguma de se fazer qualquer juízo de valor, tal como nos casos de utilização de palavras ofensivas ou mesmo pornografia.

Ao contrário, no caso em tela, a verificação da violação de direito autoral nem sempre pode ocorrer sem o auxílio do interessado requerente, isso porque nem todas as ofertas do produto por ele produzido poderão ser necessariamente consideradas violação de direito autoral.

A identificação da oferta pirata, no caso, deve acontecer com o auxílio do requerente, sob pena do requerido cometer abuso contra pessoa legitimamente autorizada pelo requerente a revender seu produto [...].

Assim, só deve responder o requerido, por violação de direito autoral, depois de devidamente provocado pelo interessado e nada fazendo para eliminar a ilicitude.

[...]

Com efeito, a perícia destacou que realmente as atas notariais se referem a conteúdo de páginas do Orkut (quesito 1 – fl. 279) e que essas atas contêm a URL's precisas (fl. 283 – quesito 10). Assim, através dos documentos de fls. 37/157, ficou comprovado que os usuários do Orkut realmente disponibilizavam e comercializavam o material de propriedade do requerente, sem sua devida autorização, o que é ilegal, pois devidamente protegido por lei.

[...]

Destarte, nas condutas descritas às fl. 50, em que se oferecem DVD de vários cursos por R\$ 100,00, bem como nos documentos de fls. 76, 78/91, 95, 101, 106, 108, 110, 114, 120, 126, 127/163, 149, onde houve uma oferta explícita dos produtos da requerente com o intuito de lucro, é evidente a ilegalidade noticiada pelo requerente (art. 104 da Lei nº 9.610 de 1998), resvalando, inclusive na possibilidade de cometimento de crime previsto no art. 184 do Código Penal.

[...]

No caso dos autos, constato que houve notificação prévia à requerida (fls. 32/35), a cientificando dos fatos relatados na inicial, todavia não se constata nenhuma atitude por parte da requerida, no sentido de ter se movido *[rectius, movimentado]* para acabar com o ilícito. Portanto, caracterizado o ato ilícito, no mínimo culposos, da requerida, consistente em sua inércia, bem como o nexos causal entre essa conduta e o possível dano, adiante analisado.

[...]

Ademais, friso novamente, que o caso em tela possui uma particularidade, qual seja, antes do ingresso da presente ação, a requerida foi devidamente notificada pelo requerente, extrajudicialmente (fls. 32/35), oportunidade em que foi lhe noticiando os fatos ora narrados na inicial. Assim, a requerida, previamente cientificada do possível ilícito que poderia estar ocorrendo em provedor, mas mesmo assim, se manteve inerte, o que certamente lhe agrava ainda mais sua responsabilidade.

Constatada, portanto, a ilicitude culposa da conduta do requerido, cabe agora perquirir a respeito do dano provocado (fls. 405-412).

No que concerne aos danos materiais, o magistrado sentenciante manifestou-se nos seguintes termos:

Diversamente do dano moral, não é necessário muito esforço para se perceber que realmente a requerente vem sofrendo valioso dano de ordem material com as violações ao seu direito autoral.

Assim, presente o ato ilícito, onexo causal e o dano material do requerente, uma vez que a distribuição e reprodução de seus vídeos sem a devida contraprestação pecuniária estabelecem os pressupostos para a reparação. Nesse passo, a conduta da requerida em se omitir na fiscalização do [que] acontecer nos seus domínios eletrônicos implica em sua responsabilização. Nem se alegue que não sabia, pois foi cientificada pelas notificações de fls.32/35. [...]

Caracterizado, pois, o dano material ao requerente. No entanto, no presente feito não há como dimensionar o tamanho do prejuízo do requerente, cuja efetivação só poderá ocorrer posteriormente, em liquidação de sentença.

Caso em liquidação de sentença se verifique impossível a quantificação do dano, inevitável se tornará a aplicação do art. 103 da Lei nº 9.610 de 1998. Isso porque, embora no caso a abrangência do assunto seja muito maior do que só a contrafação, atingindo também a oferta do produto ilícito, o art. 104 da Lei nº 9.610 de 1998 equipara todas essas condutas ao contrafator, atribuindo inclusive o que expõe a venda ou oferta o produto ilícito, a responsabilidade solidária (fls. 413-414).

O acórdão de apelação, por sua vez, manteve a sentença, reconhecendo a existência de dano material. Ademais, não afastou a premissa fática abraçada pelo Juízo de piso, de que a autora apresentara as URLs com precisão na inicial, e ainda apoiou-se em novo fundamento, segundo o qual “o registro, identificação, e localização [de] tais IPs e URLs é unicamente do provedor, do administrador do *site*, no caso da ora 2ª apelante, que tem em tais dados uma forma de rastrear os seus usuários e coibir o anonimato (fl. 541)”.

5. No caso ora em apreço, o primeiro tema a ser enfrentado é análise de eventual ilicitude na conduta da Google e a existência de dano material a ser indenizado.

Nesse particular, a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Privado alinhou-se ao entendimento de ser inaplicável a provedores de internet o sistema de responsabilidade civil objetiva em razão de mensagens postadas em *sites* por eles hospedados, como é o caso das redes sociais e *blogue*.

Exige-se, para tanto, conduta omissiva por parte do provedor, desde que, comunicado extrajudicialmente pelo titular do direito violado, se mantenha inerte.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDOR DE INTERNET – OFENSAS INSERIDAS POR ANÔNIMO NO *SITE* DE RELACIONAMENTOS ORKUT – DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE RECONHECERAM A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO GOOGLE. INSURGÊNCIA DO RÉU.

1. Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte Superior possuem precedentes sobre o tema central da lide – responsabilidade civil de provedor de internet por mensagens ofensivas postadas em seus *sites*.

1.1 Nesses julgados, consolidou-se o entendimento de que **não se aplica, em casos como destes autos, a responsabilidade objetiva com base no art. 927 do CC, mas sim a responsabilidade subjetiva**, a qual só se configura quando o provedor não age rapidamente para retirar o conteúdo ofensivo ou não adota providências para identificar o autor do dano.

[...]

(Resp 1501187/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, REPDJe 03/03/2015, DJe 19/12/2014).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. DANO MORAL. CRIAÇÃO DE PERFIS FALSOS E COMUNIDADES INJURIOSAS EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO POR PROVEDOR DE INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE

CENSURA. NOTIFICADO O PROVEDOR, TEM O PRAZO DE 24 HORAS PARA EXCLUIR O CONTEÚDO DIFAMADOR. DESRESPEITADO O PRAZO, O PROVEDOR RESPONDE PELOS DANOS ADVINDOS DE SUA OMISSÃO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DOS STJ.

1. Pretensão indenizatória e cominatória veiculada por piloto profissional de Fórmula 1, que, após tomar conhecimento da existência de “perfis” falsos, utilizando o seu nome e suas fotos com informações injuriosas, além de “comunidades” destinadas unicamente a atacar sua imagem e sua vida pessoal, notificou extrajudicialmente o provedor para a sua retirada da internet.

2. Recusa da empresa provedora dos serviços de internet em solucionar o problema.

3. Polêmica em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de internet, que não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos.

4. Impossibilidade de se impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no *site* por seus usuários, pois constituiria uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico.

5. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em *site* por ele administrado, o provedor de internet tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão.

6. *Quantum* indenizatório arbitrado com razoabilidade, levando em consideração as peculiaridades especiais do caso concreto, cuja revisão exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório para sua modificação, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ.

7. Precedentes específicos do STJ acerca do tema.

8. Recurso especial do autor desprovido e recurso especial da parte ré parcialmente provido para afastar a condenação relativa à criação de bloqueios e filtros em nome do autor.

(REsp 1337990/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 30/09/2014).

Tal entendimento foi lapidado a partir de controvérsias nascidas antes da disciplina legal acerca do tema, agora presente na Lei nº 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet, diploma que, no aspecto referente à responsabilidade civil de provedores de internet por atos de terceiros, foi além da jurisprudência consolidada.

Embora a Lei nº 12.965/2014 tenha reafirmado a regra da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicações de internet, exigiu **ordem judicial específica** para que eles tornem indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direitos, cuja inércia, aí sim, rende ensejo à responsabilidade civil, *verbis*:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet **somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente**, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º **A ordem judicial** de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Assim, segundo a nova lei de regência, em regra, a responsabilidade civil do provedor de internet consubstancia responsabilidade por dano decorrente de descumprimento de ordem judicial, previsão que se distancia, em grande medida, da jurisprudência atual do STJ, a qual, para extrair a conduta ilícita do provedor, se contenta com a inércia após notificação extrajudicial.

A exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a lei se contenta com a notificação que aponte o material ilícito, caso em que o provedor responderá subsidiariamente pela inércia:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será **responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade** decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo **cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo**.

Parágrafo único. **A notificação** prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

No caso concreto, muito embora a controvérsia tenha nascido antes da disciplina legal acerca do tema, penso que seria adequado aplicar, no que couber, as diretrizes apresentadas pela nova legislação, para que esta Casa possa exercer melhor seu profícuo papel de uniformizador da jurisprudência pátria, oferecendo aos demais órgãos do Poder Judiciário – e, de resto, à sociedade – entendimento jurídico atual, que possa ser aplicado mesmo diante da nova disciplina legislativa.

Porém, a Lei nº 12.965/2014 expressamente excepciona do seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros – que é o objeto da presente demanda –, remetendo à disciplina legal específica eventual responsabilidade civil do provedor de *internet* por “pirataria” praticada por usuários do serviço.

É o que dispõem o § 2º do art. 19 e art. 31 do Marco Civil:

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para **infrações a direitos de autor** ou a direitos conexos **depende de previsão legal específica**, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a **responsabilidade do provedor** de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de **infração a direitos de autor ou a direitos conexos**, **continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente** aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

A despeito das críticas ao fato de os direitos autorais não constarem da base ideológica do Marco Civil da Internet, o que poderia fomentar a “pilhagem” de tais direitos (MASSO, Fabiano Del [et al.] (Coord.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 219), não há dúvida de que não foi mesmo intenção do legislador tratar de delicado tema no âmbito da primeira regulação da internet no Brasil.

Nas palavras do ilustre relator do PL nº 2.126/2011, Deputado Alessandro Molon, “desde o início da tramitação do projeto na Câmara, ficou claro que os direitos autorais ficariam de fora do Marco Civil da Internet”, já que a reforma da lei regente “está em fase final junto ao Governo e, portanto, não devemos atropelar o processo público de consulta ao longo dos últimos anos”.

E conclui:

Para deixar claro que o Marco Civil não trata de direitos autorais, foi incluída nova versão do § 2º no atual art. 19 (art. 20, na versão anterior), atendendo-se consensualmente aos legítimos interesses dos setores envolvidos, incluindo o setor privado, sociedade civil e o governo.

Incluímos expressamente o dever de respeitar a liberdade de expressão e a Constituição Federal, bem como remetemos a aplicabilidade do dispositivo à Lei de Direitos Autorais, que está em fase de reforma na Casa Civil. Dessa forma, atende-se ao pedido do Ministério da Cultura de que o debate sobre direitos autorais na Internet seja feito no âmbito da discussão da Reforma da Lei de Direitos Autorais, que a Casa Civil da Presidência da República enviará ao Congresso, após longos e amplos debates públicos com a sociedade.

Deveras, não é nova a discussão acerca da responsabilidade civil de detentores de novas tecnologias em geral – e em especial de provedores de internet – por violações a direitos autorais praticadas por terceiros, discussão que ganhou o mundo nas últimas décadas e exige, realmente, tratamento mais detido e específico.

6. Assim, para a solução do caso concreto, valendo-me das regras relativas ao direito autoral vigente (Lei nº 9.610/1998) e tendo em vista o amplo debate internacional sobre o tema – que se arrasta de longa data –, entendo que deva ser afastada a responsabilidade civil da Google, essencialmente, por duas razões: **(a)** a estrutura da rede social em questão – Orkut – e a postura do provedor não contribuíram decisivamente para a violação de direitos autorais; **(b)** não se vislumbram danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir deduzida na inicial.

6.1. Quanto ao primeiro ponto, os arts. 102 a 104 da Lei nº 9.610/1998, atribuem responsabilidade civil por violação a direitos autorais a quem fraudulentamente “reproduz, divulga ou de qualquer forma utiliza” obra de titularidade de outrem; a quem “editar obra literária, artística ou científica” ou a quem “vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem”.

Em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais.

Há que investigar como e em que medida a estrutura do provedor de internet ou sua conduta culposa ou dolosamente omissiva contribuíram para a violação de direitos autorais.

Essa tem sido a investigação realizada em diversos casos no direito comparado, a envolver o cada dia mais presente conflito entre direito autoral e novas tecnologias e, em última análise, a colisão entre direitos privados e coletivos.

Nesse particular, convém relembrar alguns precedentes do direito estrangeiro a envolver celeumas dessa natureza.

a) O caso *Sony vs. Universal Studios*

Tratou-se de litígio ocorrido ainda no ano de 1984, nos EUA, e que teve como pano de fundo, já naquela época, o conflito entre direito autoral e avanço tecnológico. Nesse caso, julgado pela Suprema Corte norte-americana, a *Universal* ajuizara ação em face da *Sony*, alegando que os adquirentes dos videocassetes da ré estavam a copiar filmes transmitidos em canais de televisão, cujos direitos eram de titularidade da autora, mediante o uso de tecnologia que permitia a replicação digital da programação veiculada (tecnologia *Betamax*, da *Sony*, razão pela qual o precedente também é conhecido como o caso *Betamax*).

Alegou-se, para tanto, a ideia de *responsabilidade contributiva* da *Sony*, de aplicação defendida em matéria de direito autoral, uma vez que as cópias não autorizadas dos filmes só eram viabilizadas pela contribuição tecnológica prestada pela fabricante dos videocassetes.

Porém, entendeu-se que a destinação conferida ao produto da *Sony* pelos usuários representava uso legítimo de direito autoral (*fair use*). Ficou comprovado que a principal finalidade dos donos de videocassetes era copiar o programa desejado para assisti-lo em horário mais cômodo, uso doméstico que, segundo entendimento adotado, não configuraria violação de direitos autorais. Também não ficou demonstrado que a *Sony* instigasse ou induzisse os usuários a praticar violação de direitos autorais ou que tivesse obtido lucro com o hábito de seus consumidores (SOARES, Sílvia Simões. *Aspectos jurídicos do compartilhamento de arquivos MP3 P2P via internet*. In: Direito e Internet vol. II. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008).

b) O caso *Napster*

A despeito do avanço tecnológico presenciado na década de 90, a lógica do *software Napster* residia exatamente na utilização de uma arquitetura então ultrapassada na internet, a chamada tecnologia *peer-to-peer* (P2P).

Tal tecnologia consiste, *grosso modo*, em uma rede de computadores ligados diretamente entre si mediante um *software* comum, de modo que a informação é transmitida e colhida sem a intermediação de um provedor central. Em rede P2P, a informação é buscada por um usuário diretamente nos computadores interligados pelo *software* comum, em pastas existentes nas máquinas dos próprios usuários e apontadas como compartilháveis.

Acrescenta-se a isso o fato de que, no *Napster*, a troca de informações era intermediada pelo servidor central, no qual ficavam registrados os arquivos compartilhados pelos usuários. Tratava-se de um método de crescimento exponencial dos arquivos compartilhados: quanto mais se compartilhava, tanto mais arquivos o *Napster* dispunha e mais facilmente podiam ser eles encontrados por futuros usuários.

O sucesso do *Napster* foi descomunal: lançado em maio de 1999, em outubro daquele ano já possuía 4 (quatro) milhões de canções em circulação e, em março de 2000, já havia arrematado mais de 20 (vinte) milhões de seguidores.

Como instrumento de circulação célere de informação e de conhecimento, o *Napster* se mostrou valiosíssimo. Como ferramenta de violação de direitos autorais em larga escala, melhor ainda. Se, de um lado, há registros de artistas que se tornaram conhecidos em países nunca antes explorados graças ao *Napster*, por outro lado, bandas e cantores de renome tiveram seus trabalhos divulgados e *pirateados* via *Napster* antes mesmo do lançamento oficial – como Metallica e Madonna.

Diante do sucesso do *Napster*, não tardou para um grupo de gravadoras, capitaneadas pela *A&M Records Inc.*, ajuizasse ação contra os responsáveis pelo mencionado *software*, alegando, em síntese, que a ferramenta não só permitia como também instigava o compartilhamento de milhões de músicas em formato MP3, protegidas por *copyright*.

Depois de funcionar como uma revolucionária ferramenta na internet desde 1999, em 2001 o *Napster* perdeu definitivamente a batalha judicial contra as gravadoras, por uma decisão proferida pela Corte de Apelação do Nono Circuito – anteriormente julgado pela Corte do Distrito do Norte da Califórnia –, julgamento que, na prática, inviabilizou o funcionamento do *software* naquele formato ultraliberal e gratuito.

A decisão do caso *Napster vs. A&M Records Inc.* ancorou-se, em síntese, em três grandes fundamentos: (i) o compartilhamento de arquivos não consistia em *fair use* (uso legítimo) de direito autoral; (ii) responsabilidade contributiva; e (iii) responsabilidade vicária.

Primeiramente, não se considerou legítimo o uso compartilhado das músicas protegidas por *copyright* pelo fato de a conduta não estar amparada pelos pilares básicos do *fair use*, como o propósito da utilização, a parcela da obra utilizada e os efeitos mercadológicos da utilização. Ficou comprovado que o uso compartilhado das músicas pelos usuários era de natureza comercial, porquanto se adquiria gratuitamente o que era oneroso; as obras musicais compartilhadas o eram na sua integridade; e os impactos no mercado foram bem importantes. Concluiu-se que a atividade do *Napster* prejudicava diretamente a venda de CD's e colocava em risco a própria existência da indústria musical.

Ademais, a Corte de Apelação reconheceu a responsabilidade contributiva e vicária do *Napster* pelos *downloads* ilegais realizados por seus usuários.

Em países de matriz jurídica no *Common Law*, tem-se aplicado a *teoria da responsabilidade contributiva*, no cenário de violação de propriedade intelectual, nas hipóteses em que há intencional induzimento ou encorajamento para que terceiros cometam diretamente ato ilícito; assim também, tem-se aplicado a *teoria da responsabilidade vicária* para casos em que há lucratividade com ilícitos praticados por outrem e o beneficiado se nega a exercer o poder de controle ou de limitação

dos danos, quando poderia fazê-lo (REINALDO FILHO, Demócrito. *Direito autoral na internet*. In: Justilex. Ano IV, nº 44. Agosto de 2005).

No julgamento, ficou demonstrado que o *Napster* tinha real conhecimento de que havia conteúdo ilegal transitando em seu sistema e nada fez.

Quanto à responsabilidade vicária, a solução foi favorável às gravadoras, essencialmente, por duas razões: os responsáveis pelo *Napster* podiam controlar os atos de compartilhamento ilegal de arquivos musicais cancelando as contas dos usuários infratores e filtrando os arquivos em seu próprio sistema; e, finalmente, obtinham retorno financeiro com a ilegalidade cometida pelos usuários, uma vez que estes eram atraídos exatamente pela facilidade na obtenção gratuita de obras protegidas por *copyright*, ao passo que, para o *Napster*, havia a possibilidade de anúncios e propagandas patrocinadas dirigidas aos integrantes da rede.

c) Outros casos de colisão entre internet e direitos de propriedade intelectual no âmbito do direito comparado

Em junho de 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou o importante caso *MGM vs. Grokster*, envolvendo os *softwares* de rede P2P *Grokster* e *Morpheus*, usados para troca e armazenamento de arquivos. Na mesma linha do que ocorreu no julgamento do caso *Napster*, durante a instrução do processo ficou comprovado que as fabricantes dos *softwares* de alguma forma encorajavam seus usuários a cometer violações de direitos autorais, inclusive por terem se esforçado para herdar os usuários do antigo *Napster*. Estatísticas mostram também que a principal finalidade dos usuários do *Grokster* e *Morpheus* era a prática de ilícitos autorais (nove entre dez usuários pirateavam músicas e filmes protegidos por *copyright*).

Diferentemente do que ocorreu na década de 80 no julgamento do caso *Sony*, entendeu-se que os distribuidores de *softwares* não assumem posição totalmente passiva quanto às violações praticadas por seus usuários, como os fabricantes de videocassetes. Além disso, um fundamento pragmático utilizado pela Suprema Corte foi o de que, sem a responsabilização dos fabricantes dos *softwares*, seria impraticável a proteção de direitos autorais, caso, por exemplo, fosse necessário buscar a responsabilização “a varejo” de cada usuário.

Fundamentação análoga ao caso *Groskter* foi utilizada em 2009 pela Justiça sueca, por ocasião do julgamento do caso *Pirate Bay*, site utilizado para a troca de músicas, filmes e jogos eletrônicos. A página hospedava ferramenta (*bitorrent*) utilizada para que usuários identificassem arquivos localizados em computadores de outros usuários (REINALDO FILHO, Demócrito. *A decisão contra o pirate bay e sua repercussão sobre o futuro do direito autoral na internet*. In: *Consulex*. Ano XIII, nº 296, 15 de maio de 2009). A Justiça sueca acolheu a tese de violação de direitos autorais, determinando a prisão de quatro diretores do *Pirate Bay* e a indenização de US\$ 3,6 milhões à indústria do entretenimento audiovisual, como *Warner*, *Sony*, *EMI* e *Columbia*.

6.2. Retomo a análise do caso concreto, no qual há imputação de responsabilidade civil à Google, administradora da rede social Orkut, por violação de direitos autorais praticada por terceiros em suas páginas.

Nesse passo, fica claro que a Google não violou diretamente direitos autorais, seja editando, contrafazendo ou distribuindo obras protegidas, seja praticando quaisquer dos verbos previstos nos arts. 102 a 104 da Lei nº 9.610/1998.

Ademais, aplicando-se as teorias consagradas no direito comparado acerca da responsabilidade contributiva e da responsabilidade vicária, chega-se à mesma conclusão acerca da isenção de responsabilidade do provedor.

A rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas. Na verdade, o perito do Juízo concluiu peremptoriamente que não era possível fazer *downloads* a partir das páginas de comunidades do Orkut, que eram ambientes virtuais destinados, essencialmente, à troca de mensagens.

Por essa linha de raciocínio, a arquitetura da rede social Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos do *Napster* e do *Grokster*, que tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual.

Na verdade, no caso em exame, em que a rede social não fornece instrumento tecnológico de compartilhamento de arquivos nem o caminho para *downloads* de obras protegidas por *copyright*, o que se tem é um ambiente virtual no qual são trocadas mensagens entre os usuários.

No fundo, penso que responsabilizar o provedor de internet, nesses casos, seria como, *mutatis mutandis*, responsabilizar os Correios por crimes praticados a partir dos escritos contidos nas correspondência privadas, o que soa absurdo a toda evidência.

Igualmente, não há nos autos comprovação de ter havido lucratividade com ilícitos praticados por usuários em razão da negativa de o provedor exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo, do que resulta a impossibilidade de aplicação da chamada *teoria da responsabilidade vicária*, também amplamente utilizada no âmbito do direito comparado.

6.3. Abordo, como reforço, o segundo fundamento para negar a responsabilidade civil da Google por violação de direitos autorais instrumentalizada por sua rede social Orkut, que é a inexistência de danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir.

Extrai-se da inicial que a parte autora ajuizou ação de indenização notificando violações de direitos autorais que estavam sendo praticadas nas páginas do Orkut. Em razão dos prejuízos que estaria sofrendo, notificou o provedor de internet acerca da existência de pirataria em suas páginas. Por conta da alegada inércia da Google Brasil, a autora pleiteou a condenação da requerida ao ressarcimento de danos materiais em razão das violações antes notificadas.

Percebe-se, portanto, que o ato ilícito praticado pela Google consiste na omissão em retirar do ar as páginas apresentadas como violadoras de direitos autorais. Porém, o dano alegado não guarda relação de contemporaneidade com o ilícito que é imputado ao provedor de internet, o qual, se existente, foi praticado já depois de a autora experimentar os prejuízos indicados na inicial.

Nesse passo, parece óbvio e inerente à própria delimitação conceitual de responsabilidade civil que, por questão denexo causal, o responsável pela reparação do dano só pode responder por prejuízos decorrentes de sua conduta, culposa ou dolosa.

No caso em apreço, caso o provedor de internet permaneça inerte após ser provocado, não poderá ser responsabilizado por dano já concretizado, mas exclusivamente por danos para os quais concorreu com sua inércia, vale dizer, danos futuros, surgidos depois que foi comunicado e se quedou omissos.

Parece claro que ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o ressarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

7. No que concerne à obrigação de fazer, cumpre destacar, primeiramente, que o fato de o provedor não ser responsável civilmente pelos prejuízos resultantes da pirataria não afasta seu dever de agir para retirar do ambiente virtual por ele administrado páginas que viabilizam atos ilícitos.

Nesse ponto – agora alinhando-me às ponderações manifestadas pela em. Ministra Isabel Gallotti, em seu voto-vista –, o acórdão merece ser parcialmente mantido, no que toca à obrigação de retirar do ar as páginas apontadas pelo autor e de informar os IPs dos usuários contrafatos das obras protegidas.

Muito embora o acórdão recorrido tenha afirmado que “o registro, identificação, e localização [de] tais IP’s e URL’s é unicamente do provedor, do administrador do site, no caso da ora 2ª apelante, que tem em tais dados uma forma de rastrear os seus usuários e coibir o anonimato (fl. 541)”, é fato incontroverso que a autora apresentou, juntamente com a inicial, as páginas cuja retirada pretendia, apontando com precisão as URLs, conforme reconheceram a sentença e a perícia apoiada em atas notariais:

[...] a perícia destacou que realmente as atas notariais se referem a conteúdo de páginas do Orkut (quesito 1 – fl. 279) e que essas atas contêm a URL’s precisas (fl. 283 – quesito 10). Assim, através dos documentos de fls. 37/157, ficou comprovado que os usuários do Orkut realmente disponibilizavam e comercializavam o material de propriedade do requerente, sem sua devida autorização, o que é ilegal, pois devidamente protegido por lei.

Porém, como bem ressaltou o voto-vista, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URL's de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados.

Tal circunstância, efetivamente, contraria a jurisprudência da Segunda Seção firmada na Rcl nº 5.072/AC.

No que concerne à determinação do acórdão para que a recorrente fornecesse a identificação eletrônica dos usuários que praticaram os atos ilícitos (IPs), a insurgência deve ser parcialmente acolhida – aqui, uma vez mais, com restrição às páginas com indicação precisa das URLs, tal como constantes nas atas notariais.

A jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus *sites*, envolve também a indicação dos autores da informação:

DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. VÍDEOS DIVULGADOS EM *SITE* DE COMPARTILHAMENTO(YOUTUBE). CONTRAFAÇÃO A ENVOLVER A MARCA E MATERIAL PUBLICITÁRIO DOS AUTORES. OFENSA À IMAGEM E AO NOME DAS PARTES. DEVER DE RETIRADA. INDICAÇÃO DE URL'S. DESNECESSIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO PRECISA DO CONTEÚDO DO VÍDEO E DO NOME A ELE ATRIBUÍDO. MULTA. REFORMA. PRAZO PARA A RETIRADA DOS VÍDEOS (24 H). MANUTENÇÃO.

[...]

5. A jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos *sites*, envolve também a indicação dos autores da informação (número de IP). [...]

(REsp 1306157/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 24/03/2014)

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

[...]

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. [...]

(REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012).

Em relação ao valor da multa, penso que, diante das circunstâncias do caso concreto, cabe ajustamento.

É pacífica a jurisprudência segundo a qual, nos termos do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC, pode o magistrado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, alterar o valor ou a periodicidade das *astreintes* em caso de ineficácia ou insuficiência ao desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

Nesse aspecto, o montante da multa cominatória deve guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal cujo cumprimento se busca, sob pena de a parcela pecuniária ser mais atrativa ao credor que a própria tutela específica.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASTREINTES. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. VALOR FIXADO NÃO PODE ULTRAPASSAR VALOR DO BEM DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, em regra, tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito, o teto do valor fixado a título de *astreintes* não deve ultrapassar o valor do bem da obrigação principal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 246.755/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. *ASTREINTES*. EXORBITÂNCIA DO MONTANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Em caso de exorbitância do montante devido a título de *astreintes*, é possível afastar o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ para reduzir o valor a fim de evitar enriquecimento ilícito.

2. O valor atribuído à multa diária por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional ao valor da obrigação principal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 363.280/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 27/11/2013).

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto – e levando-se em conta até mesmo a intensa controversa acerca da obrigação imposta à recorrente –, mostra-se razoável ajustar as *astreintes* para que estas incidam no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, cujo montante fica limitado a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

8. De resto, também colhe êxito a alegação de ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC.

A oposição de embargos declaratórios contra o acórdão de apelação não ostentou nítido propósito protelatório, afigurando-se cabível a incidência da Súmula nº 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

9. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a condenação de indenização por danos materiais imposta à Google, para modificar o valor das *astreintes*, suprimir a multa aplicada com amparo no art. 538, parágrafo único, do CPC e, ajustando o voto anteriormente proferido, restringir a obrigação de fornecimento de IPs e remoção de URLs aos endereços eletrônicos indicados especificamente nas atas notariais de fls. 39-40 e 97-98 (e-STJ).

Em razão da alteração relevante da sucumbência, recorrente e recorrida arcarão com custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, à razão de 70% a ser suportados pela parte autora e 30% pela parte ré, permitida a compensação, nos termos da Súmula nº 306/STJ.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0162883-2

PROCESSO ELETRÔNICO – REsp 1.512.647/MG

Números Origem: 10024082187402001 10024082187402002
10024082187402003 10024082187402004

21874020920088130024 24082187402

PAUTA: 25/03/2015 – JULGADO: 25/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

ADVOGADOS: EDUARDO LUIZ BROCK

RAFAEL BARROSO FONTELLES

ELIANA RAMOS SATO E OUTRO(S)

HELIO FERREIRA PORTO E OUTRO(S)

EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

RECORRIDO: BOTELHO INDÚSTRIA E DISTRIBUIÇÃO CINEMATOGRÁFICA LTDA

ADVOGADOS: PAULO EDUARDO GONTIJO NEVES E OUTRO(S)

VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA E OUTRO(S)

WILSON FURTADO ROBERTO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil – Indenização por Dano Moral

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. **EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA**, pela Recorrente **GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA**, e o Dr. **VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**, pela Recorrida **BOTELHO INDÚSTRIA E DISTRIBUIÇÃO CINEMATOGRÁFICA LTDA**.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, dando parcial provimento ao recurso especial, pediu VISTA antecipadamente a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

A recorrente sustenta ofensa aos artigos 461, 535 e 538 do CPC; 248 do CC; 14 do CDC; e 104 da Lei nº 9.610/1998, bem como divergência jurisprudencial, alegando a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional com a rejeição dos embargos de declaração e a impertinência da multa ali aplicada. Afirma, quanto ao mérito, que não é possível cumprir a obrigação de fornecer os dados de IP dos usuários ou remover os conteúdos ilegais sem a indicação precisa da URL respectiva. Aduz que, como provedor, não tem responsabilidade sobre as violações aos direitos autorais, pois não ficou caracterizada sua conduta omissiva na remoção do conteúdo ilegal.

O voto proferido pelo Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, discorre, de forma minuciosa, sobre a responsabilidade dos provedores de internet por violações a direitos autorais praticadas por terceiros, lembrando, inclusive, casos de repercussão mundial. Concluiu que não está caracterizada a responsabilidade da recorrente no caso em exame, sob o entendimento de que a estrutura da rede social disponibilizada e a postura da provedora não contribuíram para a violação dos direitos autorais da recorrida e, também, que não há danos materiais decorrentes de sua inércia. Manteve, de outro lado, a condenação na obrigação de informar os dados IP's dos usuários que violaram os direitos autorais e a remoção de seu conteúdo. Ante tais lineamentos, deu parcial provimento ao recurso especial para afastar a condenação em danos materiais, reduzir a multa diária cominada e afastar a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC.

Não tenho dúvida em aderir ao voto proferido pelo eminente Relator quanto ao não enquadramento da conduta imputada ao provedor de *internet*, ora recorrente, nas regras legais que disciplinam a violação a direitos autorais (Lei nº 9.610/1998, art. 102 a 104).

O motivo de meu pedido de vista foi examinar a questão da aplicação à espécie do entendimento deste Tribunal no sentido de que “o cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo *post*” (REsp 1406448/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013), o qual foi consolidado nesta Seção, solucionando divergência existente entre a 3ª e a 4ª Turma, quando do julgamento da Rcl 5.072/AC, relatora para o acórdão a Ministra Nancy Andrighi:

STJ. DECISÃO TERATOLÓGICA. CABIMENTO. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA VIRTUAL. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. DADOS OFENSIVOS ARMAZENADOS EM CACHE. EXCEÇÃO. EXCLUSÃO. DEVER, DESDE QUE FORNECIDO O URL DA PÁGINA ORIGINAL E COMPROVADA A REMOÇÃO DESTA DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. *ASTREINTES*. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, da CF/1988, 461, § 5º, do CPC.

(...)

4. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

5. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

6. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.(...)

9. Mostra-se teratológica a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida.

10. Reclamação provida.

Conforme sumariado no voto do eminente relator, o acórdão recorrido adotou o fundamento de que “o registro, identificação, e localização de tais IPs e URLs é unicamente do provedor, do administrador do *site*, no caso da ora 2ª apelante, que tem em tais dados uma forma de rastrear os seus usuários e coibir o anonimato (fl. 541)”, sendo, todavia, “fato incontroverso que a autora apresentou, juntamente com a inicial, as páginas cuja retirada pretendia, apontando com precisão as URLs, conforme reconheceu a sentença”. Entendeu, por este motivo, não ter pertinência, no caso, a discussão a propósito da necessidade de indicação, pelo autor, da URL, objeto de divergência entre a 3ª e 4ª Turma, concluindo (fl. 18 do voto):

“Havendo indicação precisa da URL, como no caso em apreço, e ficando patenteada a prática de condutas ilícitas por seus usuários, **não há justificativa para que o provedor de internet não retire do ar as comunidades precisamente apontadas pela parte autora**, nos termos da jurisprudência de ambas as Turmas da Segunda Seção.” (grifo não constante do original)

A necessidade de identificação específica do endereço em que está a ilicitude é, sem dúvida, relevante face à extensão do universo virtual. Neste ponto, cumpre fazer distinção entre URL e comunidade. A comunidade é um espaço virtual geralmente destinado à discussão de determinado assunto, que tem um endereço geral, um URL, e vários outros endereços derivados (URL's) em que seus usuários se expressam. Podemos, para melhor entendimento, fazer analogia da comunidade com um prédio, que tem um endereço, mas para localizar com precisão um de seus apartamentos deve ser identificado também seu respectivo número. Desse modo, fica claro que não é possível a indicação de endereço geral de comunidade para remoção de conteúdo ilegal, mas de endereço específico em que ocorreu a postagem, conforme a orientação jurisprudencial desta Corte.

Verifico que a perícia realizada nos autos concluiu que as duas notificações extrajudiciais promovidas pela autora foram efetuadas de forma genérica, com “verbetes para pesquisa e nomes de comunidades”, sem conter “as Url's informadas de forma precisa e inequívoca” (Constatação nº 1 – fls. 294/295). Assim, não houve identificação específica de endereços por parte da autora nas notificações efetuadas previamente ao ajuizamento da ação, o que corrobora o entendimento do voto proferido pelo Relator, no sentido de que não houve inércia do provedor réu em bloquear o conteúdo ilegal.

De outro lado, já no ajuizamento da ação, a autora instruiu os autos com duas atas notariais expedidas pelo Tabelião Substituto do 2º Ofício de Notas de João Pessoa/PB (fls. 39/40 e 97/98), contendo a indicação de URL's (endereços específicos) e suas respectivas imagens capturadas das telas (*print screen*), ao acessá-las naquele instante. O laudo pericial, em resposta ao quesito nº 10, concluiu que “as atas notariais apresentadas contêm URL's, precisas, que inclusive permitiram ao Notário a impressão das telas, conforme se constata nas suas folhas subsequentes” (fl. 303).

Ocorre que a autora também juntou à sua inicial outros documentos, existindo entre eles listas de endereços de comunidades, cito, em especial, a de fls. 160/161 (documento 7, correspondente ao documento de fls. 156/157 citado no dispositivo da sentença).

A sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, em sua parte dispositiva, determinou a retirada das páginas identificadas pela autora de forma geral e citou, a título de exemplo, algumas folhas anexas a atas notariais, que contêm imagens capturadas em que se detecta explicitamente a oferta de conteúdo ilegal por usuários, *verbis* (fls. 415/416):

Outrossim, julgo procedente os pedidos de obrigação de fazer, para determinar que o requerido forneça ao requerente os IP's fixos e dinâmicos dos usuários e suas qualificações dos endereços identificados às fls. 156/157, bem como determino que o requerido retire **as páginas do provedor Orkut identificadas pelo requerente, mormente** aquelas relacionadas nas fls. 50, 76, 78/91, 95, 104, 106, 108, 110, 114, 120, 126, 127/136, 149, sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00 (grifo não constante do original).

Desse modo, observo que o amplo e genérico comando da sentença de remoção de todos os endereços apontados pela requerente, inclusive os endereços gerais de comunidades, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, notadamente no decidido pela 2ª Seção na Reclamação 5.072/AC, devendo ser limitado às URL's apontadas especificamente pelas atas notariais.

O mesmo ocorre com a obrigação de repasse de dados dos usuários, pois a sentença determinou o fornecimento dos IP's dos usuários da lista de fls. 160/161, mas, como já dito, a referida lista contém apenas endereços gerais de comunidades. O cumprimento da obrigação na forma determinada ensejaria o fornecimento dos dados pessoais e IP's de todo o rol de usuários das comunidades citadas, quebrando injustificadamente o respectivo sigilo, na medida em que a ilicitude apontada restringe-se àqueles que postaram conteúdos ilícitos. A necessidade de endereçamento específico de URL se entende ao fornecimento de dados dos usuários.

Em face do exposto, acompanho o voto do eminente Relator no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, divergindo apenas quanto à extensão da obrigação de fornecimento de dados dos usuários (IP's) e remoção de URL's, que devem se restringir aos endereços eletrônicos indicados específica e expressamente nas atas notariais de fls. 39/40 e 97/98 (e-STJ).

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0162883-2

PROCESSO ELETRÔNICO – REsp 1.512.647/MG

Números Origem: 10024082187402001 10024082187402002
10024082187402003 10024082187402004 21874020920088130024 24082187402

PAUTA: 13/05/2015 – JULGADO: 13/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

ADVOGADOS: EDUARDO LUIZ BROCK

RAFAEL BARROSO FONTELLES

ELIANA RAMOS SATO E OUTRO(S)

HELIO FERREIRA PORTO E OUTRO(S)

EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

RECORRIDO: BOTELHO INDÚSTRIA E DISTRIBUIÇÃO CINEMATOGRAFICA LTDA

ADVOGADOS: PAULO EDUARDO GONTIJO NEVES E OUTRO(S)

VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA E OUTRO(S)

WILSON FURTADO ROBERTO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil – Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti dando parcial provimento ao recurso especial em maior extensão, e a adequação do voto do Sr. Ministro Relator para acompanhar esse entendimento, a Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti (voto-vista), Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.214.408 – RJ (2010/0168011-0)

RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: H. DE M. L.

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
CARMEN LÚCIA ALVES DE ANDRADE – DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

INTERES.: A. D. E.

ADVOGADO: MARCO AURÉLIO GERACE

EMENTA

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DOIS IRMÃOS MENORES ALEGADAMENTE RETIDOS DE MODO INDEVIDO PELA MÃE NO BRASIL. PRIMOGÊNITO QUE JÁ COMPLETOU 16 ANOS. NÃO INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO IRMÃO MENOR QUE CONTESTA SEU RETORNO PARA O DOMICÍLIO ESTRANGEIRO PATERNO. OPINIÃO DEVIDAMENTE CONSIDERADA NOS TERMOS DOS ARTS. 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA E 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DOS MENORES NO BRASIL. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Ainda que comprovada a conduta da genitora em reter indevidamente seus dois filhos menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Argentina, onde residia o pai das crianças (circunstância rejeitada pelo acórdão recorrido), mesmo assim e em situações excepcionalíssimas, nos termos da Convenção de Haia e no propósito de se preservar o superior interesse dos menores, possível será o indeferimento do pedido de imediato retorno dos infantes.

2. No caso concreto, tal como avaliado pela Corte regional de origem, com base em idôneo acervo probatório, os menores já se encontravam adaptados ao novo meio, contexto confirmado, posteriormente, em audiência de tentativa conciliatória realizada neste STJ, ocasião em que os infantes manifestaram o desejo de não regressar para o domicílio estrangeiro paterno. Filho mais

velho que, tendo completado 16 anos, não mais se submete à Convenção de Haia, nos termos de seu art. 4º.

3. Nos termos do art. 13 da Convenção de Haia e do art. 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, deve-se levar em conta a manifestação da criança que revele maturidade capaz de compreender a controvérsia resultante da desinteligência de seus pais sobre questões de seu interesse.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido.

Recurso especial da União conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial da União, mas negar-lhe provimento e não conhecer do recurso do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 23 de junho de 2015. (Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA – Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de recursos especiais interpostos pela União (fls. 733/54) e pelo Ministério Público Federal (fls. 788/802), almejando, sob diferentes enfoques, a modificação do acórdão de fls. 623/39, complementado pelo acórdão de fls. 684/94, figurando como Corte de origem o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Contrarrazões às fls. 813/7 e 823/43.

Especiais admitidos pelos despachos de fls. 851/5 e 856/60.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Flávio Giron, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do especial manejado pelo *Parquet* federal, quedando prejudicado o especial da União. Em sendo, porém, admitido o nobre apelo da União, posicionou-se pelo seu desprovimento (fls. 889/93). Por essa razão, não se considerará o teor do novo e posterior parecer ministerial lançado às fls. 1.010/24.

Por meio da petição de fls. 897/900, na qual informa que o genitor dos menores ofereceu denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *“em razão do descumprimento da Convenção Interamericana e dos prejuízos sofridos pela ausência de contato com os filhos”*, a União solicitou a *“realização de audiência especial de conciliação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”*, bem assim que se promovesse o *“estabelecimento imediato de visitas em favor do genitor”*, em ordem a *“garantir o direito à convivência familiar dos menores”*.

Seguiram-se, a esse mesmo respeito e pela União, as petições de fls. 903/5, 907/9 e 912/3.

Pelo despacho de fls. 915/7, restou deferida a audiência de tentativa conciliatória entre as partes envolvidas.

Às fls. 978/1.007, a genitora, por intermédio da Defensoria Pública da União, fez considerações acerca da vindoura tentativa de conciliação.

A audiência conciliatória, efetivamente levada a cabo, inclusive com a operosa presença do Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Artaújo, quedou sem acordo definitivo entre as partes, que se limitaram a estabelecer que o pai visitaria os dois filhos no final de semana que se seguiu a essa mesma audiência (*cf.* termos da respectiva ata, inclusa às fls. 1.040/4). Notas taquigráficas da integralidade da audiência e das ouvidas nela realizadas foram encartadas às fls. 1.045/134. Já às fls. 1.147/51, juntou-se ao processo o relatório subscrito por Psicóloga da União, historiando a visita feita pelo pai aos infantes no referido final de semana.

Pela petição de fls. 1.162/4, a União postula preferência no julgamento dos sobreditos recursos.

Era o que havia, de essencial, a relatar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator):

I – Do recurso especial do MPF

Por sua prejudicialidade frente ao recurso especial da União, aprecio, de logo, o especial interposto pelo Ministério Público Federal.

Com efeito, sustenta o *Parquet* recorrente, inclusive com o aval do parecer emitido pela Subprocuradoria-Geral da República, ter havido violação ao art. 2º do Decreto nº 3.951/2001, vez que, à luz da redação de tal regramento, a União não deteria legitimidade ativa para deduzir o subjacente pedido de Busca, Apreensão e Repatriação de filhos menores, com base na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia/1980).

Examinando-se, contudo, os fundamentos que levaram a Corte regional a reconhecer a legitimidade ativa da União, constata-se que tal conclusão veio fundada, essencialmente, na exegese dos arts. 2º, 6º e 7º, *f*, da Convenção de Haia

e 131 da Constituição Federal, daí ter concluído o Colegiado local que, *“como se depreende da leitura da Convenção Internacional e da Constituição Federal, a UNIÃO FEDERAL é parte legítima a promover ação cujo objeto é assegurar a efetivação da referida Convenção, bem como seu interesse é flagrante, tendo em vista que representa o Estado brasileiro, dela signatário”* (fl. 631).

Depreende-se, pois, que a questão relativa à legitimidade *ad causam* da União foi decidida à margem do enfrentamento do disposto no art. 2º do Decreto nº 3.951/01, por isso que ausente, no ponto, o pressuposto admissional alusivo ao prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF), razão pela qual **não conheço do recurso especial ativado pelo Ministério Público Federal.**

II – Do recurso especial da União

Em seu nobre apelo, a União (no papel de autoridade central) aponta violação ao art. 515, § 3, do CPC, bem como aos arts. 3º, 4º, 12 e 13, *b*, da Convenção de Haia, normativos efetivamente prequestionados, a ensejar o conhecimento do recurso.

No mérito, entretanto, a súplica não merece acolhida.

Ao exame do processado, colhe-se que, fundada em preceitos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), a União ajuizou, em meados de 2003, ação contra a genitora H. de M. L., almejando obter a busca, apreensão e repatriação para a Argentina dos menores D. E. L. (nascido em 01/05/1999) e P. E. L. (nascido em 27/07/2002). Aludidos menores são filhos de H. e de A. E., os quais contraíram matrimônio no Brasil em 1995, mas fixaram moradia habitual na Argentina, onde vieram a nascer os dois infantes. Tendo a família vindo ao Brasil em dezembro de 2002, o pai retornou para a Argentina em janeiro de 2003 para atender compromissos laborais, tendo a mãe, na sequência, informado ao marido que não mais retornaria com as crianças para a Argentina, o que motivou, de parte do pai, o acionamento da autoridade central de seu país para que, nos termos da Convenção de Haia, acionasse a autoridade central brasileira, para fins de restituição dos filhos menores.

Pela sentença de fls. 466/7, o juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução de mérito, ao fundamento da ilegitimidade ativa da União.

A seu turno, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede apelatória, reconheceu a legitimidade autoral da União e, prosseguindo no julgamento da ação, com base no art. 515, § 3º, do CPC, julgou-a improcedente, seja por não reconhecer a retenção ilícita dos menores no Brasil, seja por vislumbrar que os impúberes *“já estão integrados ao novo meio, consoante elementos dos autos e relatório de Assistente Social”* (fl. 638), restando, por isso, satisfeita a exigência de atendimento à proteção primordial de ambos, a recomendar sua permanência em território brasileiro, junto da mãe.

Certo que rever tal cenário, em princípio, esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ. Mas não é esse o propósito versado no recurso especial da União.

Num primeiro instante, força é concluir que não se desenha a pretendida

ofensa ao art. 515, § 3º, do CPC, pois, como divisou a Corte local, a causa, do ponto de vista probatório, já se achava “madura”, pelo que restava, unicamente, o enfrentamento da matéria de direito, máxime aquela relacionada à aplicabilidade, na espécie, das regras da Convenção de Haia.

Nesse ponto, então, verifica-se que o Tribunal Regional não se distanciou dos altos propósitos das regras convencionais de regência.

Desde já, remarque-se que a autoridade central brasileira foi acionada pela congênera argentina, para que promovesse as medidas necessárias ao retorno das crianças D. e P., antes ainda do primeiro ano da alegada retenção indevida de ambos pela mãe, circunstância que, a teor do art. 12 da Convenção de Haia, deveria acarretar em que a autoridade brasileira devesse ordenar o retorno imediato das crianças. Eis, no ponto, o teor da primeira parte desse artigo 12: *“Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança”*.

O retorno imediato restou inexitoso e a controvérsia acabou judicializada, como antes dito, ainda em meados de 2003, passando-se, desde então, mais de uma década sem solução definitiva.

Ao desprover, no mérito, as apelações da União e do genitor A. E., o acórdão local, a partir de estudo relatado pela Assistente Social que atuou na causa, concluiu que *“os menores gozam de desenvolvimento físico, psíquico, social e financeiro necessários a uma vida digna, embora sem a companhia permanente do pai, estando presentes os requisitos para o cumprimento dos objetivos da Convenção de Haia, que é a proteção primordial do interesse do menor”* (fl. 636), contexto que levou o Colegiado regional a desautorizar o retorno dos irmãos D. e P. para junto do pai, na Argentina. Tal decisão foi proferida em março de 2008, ou seja, quando já transcorridos cinco anos desde a chegada dos infantes ao Brasil.

A dinâmica do contexto fático retratado nesse acórdão do TRF parece não ter se alterado desde então, o que ficou evidenciado na audiência de tentativa conciliatória presidida por este relator, em dezembro de 2013 (cf. ata e notas taquigráficas acostadas às fls. 1.040/4 e 1.045/134), quando, embora presente a falta de consenso entre os genitores, foi possível verificar que os filhos do casal, então com 11 (P.) e 14 (D.) anos de idade, sentem-se absolutamente entrosados em sua vida familiar com a mãe e, assim também, com seus afazeres escolares e sociais. Um e outro manifestaram a vontade de uma maior aproximação com o pai, embora compreendendo as dificuldades decorrentes da distância física entre eles. Quando indagados a respeito, porém, nenhum deles aceitou, admitiu ou cogitou da possibilidade de mudar-se para a Argentina, junto do pai (P.: fl. 1.067; D.: fl. 1.084). Lembre-se, a esse propósito, que P. e D., à época em que deixaram de regressar para a Argentina, contavam, respectivamente, com idades inferiores a 1 e 4 anos.

Acresce dizer que inexistente qualquer fator que recomendasse a desconsideração das opiniões manifestadas pelos dois irmãos, que bem souberam expressar seus sentimentos frente à delicada controvérsia que lhes foi apresentada, resultante da desinteligência havida entre seus pais.

Em tal cenário, deve-se priorizar o conteúdo da valiosa regra posta no art. 13 da Convenção de Haia, segundo a qual *“A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”*. Cuida-se, certamente, de diretriz de extrema importância e utilidade para a tomada de decisões na área de interesses de pessoas menores de 18 anos, que, aliás, encontrou plena receptividade no âmbito da posterior Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), cujo art. 12 assim fez preceituar: *“1. Os Estados parte assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança. 2. Para esse fim, à criança será dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional”*.

A exegese desses normativos, não há negar, reforça a necessidade de se manter a solução posta no acórdão recorrido, pois não consultaria aos interesses de D. e P., nesta quadra cronológica de suas vidas, qualquer decisão que pudesse implicar no retorno de ambos para seu país natal, mesmo que para viver na companhia do pai.

Perde relevo, por igual, a discussão em torno do art. 12 da Convenção de Haia, sobre saber se a circunstância de a criança já se achar integrada no seu novo meio (caso de P. e D.) só poderia ser levada em conta na hipótese de o pedido de retorno ter sido formulado a menos de um ano da retenção indevida.

No caso concreto, ademais, o adolescente D. já completou 16 anos de idade, por isso que a Convenção de Haia não mais lhe alcança (cf. art. 4º: *“A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos”*), sendo de todo desaconselhável eventual hipótese de separação de ambos os irmãos, considerando-se que P. ainda está em vias de completar 13 anos, por isso remanescendo sob a égide da Convenção.

Em suma, faz-se de rigor a permanência dos menores D. e P. no território brasileiro.

Ante o exposto, não se conhece do recurso especial do Ministério Público Federal (falta de prequestionamento), enquanto que o recurso da União, embora conhecido, resulta desprovido.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2010/0168011-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1214408/RJ

Número Origem: 200351010184945

PAUTA: 23/06/2015 JULGADO: 23/06/2015 SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: H. DE M. L.

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
CARMEN LÚCIA ALVES DE ANDRADE – DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

INTERES.: A.D.E

ADVOGADO: MARCO AURÉLIO GERACE

ASSUNTO: DIREITO INTERNACIONAL – Tratado Internacional

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial da União, mas negou-lhe provimento e não conheceu do recurso do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Jurisprudência Criminal

• • •

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.800 – MG (2015/0091088-0)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE INQUÉRITOS POLICIAIS DE BELO HORIZONTE – MG

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTERES.: JUSTIÇA PÚBLICA

INTERES.: EM APURAÇÃO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

1. CRIME DE ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO COM A OBTENÇÃO DA VANTAGEM ILÍCITA. DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SITUADA A AGÊNCIA.

2. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE INQUÉRITOS POLICIAIS DE BELO HORIZONTE/MG.

1. O prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente.

2. Conhecimento do conflito para reconhecer a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, o suscitante.

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 Suscitante, Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 24 de junho de 2015. (Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência entre o JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE INQUÉRITOS POLICIAIS DE BELO HORIZONTE/MG – suscitante – e o JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DE CAMPO GRANDE/MS – suscitado.

Consta dos autos que foi instaurado inquérito policial para apurar suposto crime de estelionato praticado por terceiro, que se identificou como funcionário do Ministério da Fazenda, ao ligar para a casa da vítima, informando que esta teria direito à restituição de valores oriundos de previdência, devendo no entanto pagar alguns tributos. Foram efetuados vários depósitos na conta pessoal de Jessica Maestre Viana Piovanelli, até perceber que se tratava de um golpe.

O Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS declinou da competência para o Juízo Criminal de Belo Horizonte/MG, uma vez que “o crime de estelionato se consuma no local onde se deu a obtenção de vantagem ilícita”, e que, no caso dos autos, o crime se consumou na cidade de Belo Horizonte, sede da agência bancária onde a suposta estelionatária recebeu os valores em sua conta corrente” (e-STJ fl. 310).

O Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, por seu turno, acolheu o parecer do Ministério Público local, no sentido de que “a consumação do crime de estelionato se dá no local onde ocorre o efetivo dano à vítima, ou seja, nos casos em que os fatos envolvem transações bancárias, na localidade da agência onde a vítima possuía conta bancária, que no presente caso, é Campo Grande/MS”. Dessarte, suscitou-se o presente conflito (e-STJ fl. 321).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 333/336, pela competência do Juízo Suscitado, nos seguintes termos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. COMPETÊNCIA LOCAL DE CONSUMAÇÃO DO DELITO. LOCAL DO EFETIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. BANCO SACADO. PRECEDENTES. MANIFESTAÇÃO PELA PROCEDÊNCIA DO CONFLITO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Conheço do conflito, uma vez que os juízos que suscitam a incompetência estão vinculados a Tribunais diversos, o que atrai a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, consoante o disposto no art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal.

No mérito, verifico assistir razão ao Juízo Suscitado, devendo, portanto, ser fixada a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, ora suscitante.

Com efeito, a competência é definida pelo lugar em que se consuma a infração, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal. Dessa forma, cuidando-se de crime de estelionato, tem-se que a consumação se dá no momento da obtenção da vantagem indevida, ou seja, no momento em que o valor é depositado na conta corrente do autor do delito, passando, portanto, à sua disponibilidade.

Note-se que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente.

Ao ensejo, transcrevo lição da doutrina:

*Assim, se determinado agente obtiver, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, após induzir alguém em erro, mediante fraude, o delito caracterizado é o de estelionato. Em um exemplo fictício em que alguém adquire um falso pacote de turismo pela internet, efetuando o pagamento em favor do agente, a competência territorial será estabelecida pelo local da obtenção da vantagem indevida. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Jus Podivm, 2015, p. 519/520).*

No caso dos autos, tendo a vantagem indevida sido depositada em conta corrente de agência bancária situada na cidade de Belo Horizonte/MG, tem-se ali a consumação do delito de estelionato.

A propósito:

**PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE
COMPETÊNCIA. 1. JUÍZO DE DIREITO DE BELÉM/PA X JUÍZO DE**

DIREITO DO DIPO/SP. EMPRESA VÍTIMA SITUADA EM SÃO PAULO. REQUISICÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. COMPRAS REALIZADAS VIA INTERNET E CALL CENTER. PAGAMENTO POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. MERCADORIAS ENVIADAS AOS DESTINATÁRIOS EM BELÉM/PA. COMPRA NÃO RECONHECIDA PELOS PROPRIETÁRIOS DOS CARTÕES. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE BELÉM/PA. 2. NECESSIDADE DE AFERIR A TIPICIDADE DA CONDUTA. INDISPENSABILIDADE DA ATUAÇÃO DA VÍTIMA. CRIME DE ESTELIONATO. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE SE AUFERIU A VANTAGEM INDEVIDA. 3. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA PENAL DE BELÉM/PA, O SUSCITANTE.

1. A conduta delituosa em apuração se refere à compra, via call center, de produtos da empresa vítima, situada em São Paulo, utilizando-se de cartão de crédito. Os produtos foram encaminhados aos compradores no estado do Pará, no entanto as compras não foram reconhecidas pelos proprietários dos cartões de crédito, gerando prejuízo à vítima.

2. Para definir a competência, necessário estabelecer o tipo penal em que se insere a conduta narrada. Acaso se verifique cuidar-se de furto qualificado pela fraude, o resultado se deu com o desfalque patrimonial, portanto, na cidade em que a vítima deixou de receber o pagamento. Contudo, configurado, em tese, o delito de estelionato, a competência é do local onde se obteve a vantagem ilícita. Assim, mostrando-se indispensável a atuação da vítima para que o crime se consume, a conduta delineada nos autos melhor se enquadra, em princípio, no tipo penal do art. 171 do Código Penal. Competente, portanto, para julgar o caso, é o juízo do local onde se obteve a vantagem indevida, ou seja, a cidade onde foram recebidos os produtos cujos pagamentos não foram efetivados.

3. Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Penal de Belém/PA, o suscitante. (CC 113.947/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 26/2/2014, DJe 6/3/2014).

Ante o exposto, conheço do conflito para reconhecer a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, o suscitante.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0091088-0

PROCESSO ELETRÔNICO – CC 139.800/MG – MATÉRIA CRIMINAL

Números de Origem: 0024143247393 00296867820108120001 24143247393
296867820108120001

EM MESA – JULGADO: 24/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE INQUÉRITOS
POLICIAIS DE BELO HORIZONTE – MG

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL

INTERES.: JUSTIÇA PÚBLICA

INTERES.: EM APURAÇÃO

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 Suscitante, Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais de Belo Horizonte/MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schiatti Cruz, Nefi Cordeiro e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



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, 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 estivesse garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

Com a finalidade de dar efetividade aos compromissos assumidos pelos Estados Partes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispôs sobre o funcionamento de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e tem, como principal função, promover a observância e a defesa dos direitos humanos. No Sistema Interamericano, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por um Estado Parte. Admitida a petição, a Comissão buscará uma solução amigável, atuando como um órgão político de solução de controvérsias. Frustrada a conciliação, a Comissão se posicionará de modo favorável ou desfavorável à demanda. Caso seja favorável, estabelecerá um prazo para que o Estado Parte tome as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. Se ainda assim o Estado Parte quedar-se inerte, poderá a Comissão submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, por sua vez, tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção, que lhe seja submetido pelos Estados Partes ou pela Comissão e, quando decidir que houve violação de direito, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do direito violado, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos. Pode, ainda, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando tal se fizer necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes.

Desde o ingresso do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o País já foi condenado quatro vezes por violações de direitos humanos. Na Revista nº 55, apresentamos o caso *Escher e outros versus Brasil*, referente à violação, dentre outros direitos, de garantias judiciais, tendo em vista a realização de interceptações telefônicas ilegais. Na Revista nº 56, apresentamos o caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, referente ao desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia

durante as operações militares na década de 70. Na Revista nº 57, trouxemos o Caso Ximenes Lopes, em que um portador de deficiência mental faleceu após três dias da sua internação na Casa de Repouso Guararapes, no Município de Sobral, Estado do Ceará. Nesta edição, selecionamos o Caso Sétimo Garibaldi, que trata do descumprimento da República Federativa do Brasil da obrigação de investigar e de punir o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, assassinado por um grupo de pistoleiros durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, no Estado do Paraná.

Caso Sétimo Garibaldi contra a República Federativa do Brasil

CLARE K. ROBERTS (COMISSIONADO)
SANTIAGO A. CANTON (SECRETÁRIO EXECUTIVO)
Delegados

ELIZABETH ABI-MERSHED (ADVOGADA)
LILLY CHING (ADVOGADA)
ANDREA REPETTO (ADVOGADA)
Assessores Jurídicos

24 de dezembro de 2007
Washington, D.C.
1889 F Street, N.W.
20006

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO

II. OBJETO DA DEMANDA

III. REPRESENTAÇÃO

IV. JURISDIÇÃO DA CORTE

V. TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA

VI. FUNDAMENTOS DE FATO

A. Antecedentes

B. Fatos Posteriores à Morte e sobre a Investigação

VII. FUNDAMENTOS DE DIREITO

A. Violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em relação com a obrigação geral de garantir os direitos humanos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 8.1, 25 e 1.1 da Convenção Americana)

B. Descumprimento dos artigos 1.1, 2º e 28 da Convenção Americana.

VIII. REPARAÇÕES E CUSTAS

A. Obrigação de Reparar

B. Medidas de Reparação

b.1. Medidas de Compensação

b.1.1. Danos Materiais

b.1.2. Danos Imateriais

b.2. Medidas de Satisfação e Garantias de Não Repetição

C. Os Beneficiários

D. Custas e Gastos

IX. CONCLUSÃO

X. PETITÓRIO

XI. APOIO PROBATÓRIO

A. Prova Documental

B. Prova Testemunhal

C. Prova Pericial

XII. DADOS DOS DENUNCIANTES ORIGINAIS E DAS VÍTIMAS

DEMANDA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CASO 12.478 – SÉTIMO GARIBALDI

I. INTRODUÇÃO

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante a “Comissão Interamericana”, a “Comissão” ou a “CIDH”) submete perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante a “Corte Interamericana”, a “Corte” ou o “Tribunal”) a demanda constante do caso número 12.478, Sétimo Garibaldi, contra a República Federativa do Brasil (doravante o “Estado”, o “Estado brasileiro” ou o “Brasil”) por sua responsabilidade decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998. Nessa data um grupo de aproximadamente 20 pistoleiros realizou uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná. Os fatos foram denunciados à polícia, sendo instaurada uma investigação policial que foi arquivada sem terem sido removidos os obstáculos e mecanismos que mantêm a impunidade no caso, nem concedidas as garantias judiciais suficientes para diligenciar o processo e sem se conceder uma reparação adequada aos familiares do Senhor Sétimo Garibaldi – a Senhora Iracema Garibaldi e os filhos do Senhor Sétimo Garibaldi (doravante as “vítimas” ou a “parte lesionada”).

2. A Comissão Interamericana solicita à Corte que estabeleça a responsabilidade internacional do Estado, o qual não cumpriu suas obrigações internacionais ao incorrer na violação dos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante a “Convenção Americana” ou a “Convenção”) e descumprimento da obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecida no artigo 1.1 e do dever de adotar disposições de direito interno constante do artigo 2º do mesmo instrumento, bem como em consideração das diretivas decorrentes da cláusula federal constante do artigo 28 do mesmo instrumento.

3. Este caso foi tramitado de acordo com o disposto na Convenção Americana e é submetido à Corte em conformidade com o artigo 33 de seu Regulamento. Figura anexa a esta demanda uma cópia do relatório 13/07, elaborado em cumprimento do artigo 50 da Convenção¹.

¹ CIDH, Relatório Nº 13/07 (admissibilidade e mérito), 12.478, Sétimo Garibaldi, Brasil, 27 de março de 2007, Apêndice 1.

4. A Comissão considera que este caso representa uma oportunidade importante para o desenvolvimento da jurisprudência interamericana sobre os deveres de investigação penal do Estado frente a execuções extrajudiciais, bem como a aplicação de normas e princípios de direito internacional e os efeitos de seu descumprimento no tocante à regularidade do processo penal; a impunidade resultante do arquivamento da investigação sem terem sido envidados esforços diligentes para a identificação dos responsáveis pela execução extrajudicial; e a necessidade imperativa de justiça para combater a impunidade em casos com estas características.

II. OBJETO DA DEMANDA

5. O objeto desta demanda consiste em solicitar respeitosamente à Corte que conclua e declare que:

a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeito e garantia estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento e com o dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno estabelecido no artigo 2º do tratado, bem como em consideração das diretivas decorrentes da cláusula federal constantes do artigo 28 do tratado, em prejuízo das vítimas.

6. Ante o exposto, a Comissão Interamericana solicita à Corte que ordene ao Estado:

a) Realizar uma investigação completa, imparcial e eficaz da situação, com o objetivo de estabelecer a responsabilidade no tocante aos fatos relacionados com o assassinato de Sétimo Garibaldi, punir os responsáveis e determinar os impedimentos que vedaram proceder tanto a uma investigação como a um julgamento efetivos;

b) Adotar e implementar as medidas necessárias para uma implementação efetiva da disposição constante do artigo 10 do Código Processual Penal Brasileiro, referente a toda investigação policial, bem como para o julgamento dos fatos puníveis que tenham ocorrido com relação a despejos forçados em assentamentos de trabalhadores sem terra com consequências de morte, de maneira a ajustarem-se aos parâmetros impostos pelo Sistema Interamericano;

- c) Adotar e implementar as medidas necessárias para que sejam observados os direitos humanos nas políticas governamentais que tratam sobre o assunto da ocupação de terras, levando em consideração a obrigação que o artigo 28, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, lhe impõe, de acordo com o que determina a Cláusula Federal;
- d) Adotar e implementar medidas adequadas dirigidas aos funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que façam despejos arbitrários e violentos;
- e) Reparar plenamente os familiares de Sétimo Garibaldi, incluindo tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no presente caso; e
- f) Pagar as custas e os gastos processuais incorridos na tramitação do caso, tanto no nível nacional como os oriundos da tramitação deste caso no âmbito do Sistema Interamericano.

III. REPRESENTAÇÃO

7. Em conformidade com o disposto nos artigos 22 e 33 do Regulamento da Corte, a Comissão designou o Comissionado Clare K. Roberts e seu Secretário Executivo, Santiago A. Canton, como seus delegados neste caso. A Secretária Executiva Adjunta Elizabeth Abi-Mershed e as advogadas Lilly Ching e Andrea Repetto, especialistas da Secretaria Executiva da Comissão, foram designadas para atuar como assessoras legais.

IV. JURISDIÇÃO DA CORTE

8. No Relatório de Admissibilidade e Mérito, N° 13/07, a Comissão estabeleceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação do artigo 4° da Convenção Americana em prejuízo do Senhor Sétimo Garibaldi. Além disso, a Comissão constatou uma série de omissões e a falta de devida diligência na investigação instaurada pelo homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, as quais foram posteriores a 10 de dezembro de 1998 e violatórias dos artigos 8° e 25 da Convenção, em prejuízo de seus familiares.

9. O Brasil aceitou a jurisdição contenciosa da Corte na referida data (10 de dezembro de 1998), ao reconhecer:

por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 da mesma, sob reserva de reciprocidade e para feitos posteriores a esta Declaração.

10. Em conformidade com o artigo 62(3) da Convenção Americana, a Corte é competente para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetido, contanto que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a competência da Corte. Os fatos desta demanda, que fundamentam as pretensões de direito da CIDH e as consequentes solicitações de medidas de reparação, referem-se a fatos e omissões consumados depois da data de aceitação da competência da Corte e que tratam sobre o descumprimento, por parte do Estado brasileiro, de sua obrigação de investigar efetiva e adequadamente o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi e de sua obrigação de proporcionar um recurso eficaz que puna os culpados do cometimento do delito.

V. TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA²

11. A petição original foi recebida na Comissão em 06 de maio de 2003, sendo registrada como Petição N° 321/2003 e, posteriormente, como Caso n° 12.478. Em 14 de maio de 2003, a Comissão acusou recebimento aos peticionários. Em 05 de fevereiro de 2004, a Comissão, em conformidade com o artigo 30 de seu Regulamento, transmitiu ao Estado as partes pertinentes da denúncia, solicitando uma resposta à petição, para a qual lhe foi concedido o prazo de dois meses. Isso foi comunicado aos peticionários na mesma data.

12. Em 17 de maio de 2004, os peticionários requereram à Comissão que, como o Estado até aquela data não tinha respondido à petição segundo lhe fora requerido, fosse aplicado o disposto no artigo 37.3 de seu Regulamento e estudadas de maneira conjunta as matérias relativas à admissibilidade e ao mérito do caso. A acusação de recebimento desta nota foi comunicada aos remetentes em 26 de maio de 2004.

13. Em 12 de outubro de 2004, os peticionários encaminharam à Comissão informação adicional sobre o caso.

14. A Comissão, mediante nota de 20 de dezembro de 2004, comunicou ao Estado que, em conformidade com o artigo 37.3 de seu Regulamento, decidira registrar o Caso sob o número 12.478 e adiar as considerações relativas à admissibilidade do pedido até o debate sobre o mérito da decisão. Pela mesma via, comunicou-lhe que, de acordo com o disposto no artigo 38.1 de seu Regulamento, se solicitou aos peticionários apresentar, no prazo de dois meses, informações adicionais sobre o mérito do caso. Esta situação levada ao conhecimento dos peticionários.

15. Em 03 de fevereiro de 2005, acusou-se recebimento aos peticionários das informações remetidas em 12 de outubro de 2004. Na mesma data, essa informação foi transmitida ao Estado.

16. Em 06 de junho de 2005 os peticionários remeteram à Comissão as informações sobre o mérito do caso, conforme lhes fora requerido. As observações sobre o mérito apresentadas pelos peticionários foram transmitidas ao Estado em

² As atuações mencionadas nesta seção constam do expediente da tramitação do caso perante a CIDH. Apêndice 2.

05 de agosto de 2005, concedendo-lhe o prazo de dois meses para apresentar as observações que considerasse convenientes acerca do mérito da causa.

17. Em 08 de novembro de 2005, a Comissão recebeu a comunicação de um *Amicus Curiae* redigida pelo *Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights* e outras entidades. O recebimento desse instrumento foi comunicado ao remetente em 06 de dezembro de 2005.

18. Em 20 de abril de 2006, diante da falta de resposta do Estado em relação às informações sobre o mérito da questão que lhe fora requerida, os petiçãoários solicitaram a continuidade da tramitação do caso. Em 09 de maio de 2006, acusou-se o recebimento dessas informações.

19. Em 06 de junho de 2006, o Estado apresentou as observações sobre o mérito do caso que lhe foram oportunamente requeridas. Em 08 de junho do mesmo ano, acusou-se recebimento de tudo o que fora remetido. A informação foi transmitida aos petiçãoários na mesma data, concedendo-lhes o prazo de um mês para apresentarem observações sobre a mesma, se o considerassem conveniente.

20. Em 11 de julho de 2006, os petiçãoários apresentaram suas observações em relação às informações remetidas pelo Estado sobre o mérito do caso. Em 24 de julho de 2006, acusou-se recebimento do que havia sido enviado e encaminharam-se as informações ao Estado, para que apresentasse as observações que considerasse pertinentes em relação às informações, no prazo de um mês.

21. Em 28 de agosto de 2006, o Estado solicitou à Comissão uma prorrogação do prazo concedido para apresentar observações em relação à apresentação efetuada pelos petiçãoários. Esta prorrogação foi concedida em 12 de setembro de 2006 pelo prazo de trinta (30) dias.

22. Em 17 de outubro de 2006, o Estado apresentou suas observações à apresentação efetuada pelos petiçãoários em 11 de julho do mesmo ano. Em 03 de novembro de 2006, a Comissão acusou recebimento das mesmas e transmitiu aos petiçãoários a informação apresentada pelo Estado.

23. No marco de seu 127º Período Ordinário de Sessões, em 27 de março de 2007, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e Mérito 13/07, elaborado em cumprimento do artigo 50 da Convenção. Neste, concluiu que:

existe uma violação do direito à vida, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados, respectivamente, nos artigos 4º, 8.1 e 25 da Convenção Americana. Isso, no entendimento de que, no tocante à responsabilidade estatal por violação ao artigo 4º da Convenção Americana, o prejudicado é Sétimo Garibaldi, ao passo que, no concernente às violações aos artigos 8.1 e 25, em concordância com o artigo 1.1 da Convenção, os prejudicados são seus familiares, Iracema Cianotto Garibaldi e seus 2 (dois) filhos. A Comissão determina igualmente que também não foram cumpridas as obrigações impostas pela Convenção Americana em seu artigo 1.1, 2º e 28 da Convenção Americana.

24. No mencionado Relatório de Mérito, a Comissão efetuou as seguintes recomendações ao Estado do Brasil:

1. Realizar uma investigação completa, imparcial e eficaz da situação, com o objetivo de estabelecer a responsabilidade a respeito aos fatos relacionados com o assassinato de Sétimo Garibaldi, punir os responsáveis e determinar os obstáculos que impediram que fossem realizados tanto uma investigação como um julgamento efetivos.
2. Reparar plenamente os familiares de Sétimo Garibaldi, incluindo os aspectos tanto moral como material, pelas violações de direitos humanos determinadas no [...] relatório [...].
3. Adotar e implementar as medidas necessárias para uma eficaz implementação da disposição constante do artigo 10 do Código Processual Penal Brasileiro no que diz respeito a toda investigação policial, bem como para o julgamento dos fatos puníveis ocorridos em relação a despejos forçados em assentamentos de trabalhadores sem terra, com consequências de morte, de maneira a ajustar-se aos parâmetros impostos pelo Sistema Interamericano.
4. Adotar e implementar as medidas necessárias para que sejam observados os direitos humanos nas políticas governamentais que tratam da ocupação de terras, levando em consideração a obrigação imposta pelo artigo 28, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, segundo determina a Cláusula Federal.
5. Adotar e implementar medidas adequadas dirigidas aos funcionários de justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que façam despejos arbitrários e violentos³.

25. O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 24 de maio de 2007, concedendo-lhe um prazo de dois (2) meses para informar sobre as ações empreendidas para implementar as recomendações dele constantes, em conformidade com o disposto no artigo 43.2 do Regulamento da Comissão.

26. Em conformidade com o disposto no artigo 43.3 de seu Regulamento, a Comissão informou os peticionários sobre a adoção do relatório de mérito e sua transmissão ao Estado e solicitou-lhes que expressassem, no prazo de dois (2) meses, sua posição a respeito da eventual submissão do caso à Corte Interamericana. Em junho de 2007, os representantes manifestaram que tinham problemas com o recebimento da comunicação da CIDH e esta foi novamente remetida.

³ CIDH, Relatório N° 13/07 (admissibilidade e fundo), 12.478, Sétimo Garibaldi, Brasil, 27 de março de 2007, Apêndice 1.

27. Em 15 de agosto de 2007, o Estado solicitou uma prorrogação do prazo previsto no artigo 51.1 da Convenção para cumprir as recomendações formuladas pela Comissão no relatório aprovado sobre a admissibilidade e mérito do caso. Nessa oportunidade, o Estado aceitou de forma expressa e de boa-fé que a eventual concessão da prorrogação suspendia o prazo estabelecido no artigo 51.1 da Convenção para encaminhar o caso à Corte.

28. Em 21 de agosto de 2007, a Comissão decidiu conceder ao Estado uma prorrogação de três meses. Nessa comunicação, informou-se ao Estado que estava suspenso, durante esse período, o prazo previsto no artigo 51.1 da Convenção Americana para o envio do caso à Corte. Além disso, solicitou-se à República Federativa do Brasil que apresentasse relatórios sobre as medidas adotadas para cumprir às recomendações da Comissão e para solucionar a situação constatada em 21 de outubro e 21 de novembro de 2007.

29. Em 04 de setembro de 2007, os peticionários enviaram à Comissão sua posição sobre a eventual interposição do caso ante a Corte e manifestaram seu interesse em que o caso fosse encaminhado ao Tribunal. Nessa ocasião, os representantes também ofereceram informação adicional à CIDH.

30. A Comissão convidou as partes a uma reunião de trabalho sobre a implementação das recomendações neste caso, celebrada no 130º Período Ordinário de Sessões, em 11 de outubro de 2007. Nessa reunião, ambas as partes apresentaram informações e a CIDH enfatizou a importância do cumprimento das recomendações formuladas no relatório de mérito. No entanto, os prazos para que o Estado apresentasse informação sobre o cumprimento das recomendações transcorreu sem que a Comissão recebesse qualquer informação.

31. Ante a falta de implementação satisfatória das recomendações constantes do relatório 13/07 e, de acordo com o disposto nos artigos 51(1) da Convenção e 44 de seu Regulamento, a Comissão Interamericana decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte Interamericana em 21 de dezembro de 2007.

VI. FUNDAMENTOS DE FATO

A. Antecedentes

Contexto agrário em que ocorreu o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi

32. O Senhor Sétimo Garibaldi, de 52 anos de idade, casado, lavrador, morreu esvaído em sangue em consequência de um disparo de arma de fogo recebido na perna esquerda⁴, em meio a uma operação de despejo extrajudicial no assentamento localizado na Fazenda São Francisco, situada no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná⁵.

⁴ Exame de necrópsia, anexo 11 da demanda e Atestado de Óbito do Senhor Sétimo Garibaldi, anexo 16 da demanda.

⁵ Declarações de testemunhas, anexos 2, 3, 4, 18, 19 e 37 da demanda; Boletim de Ocorrência elaborado na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, anexo 9 da demanda e Auto de Levantamento do local do crime, anexo 10 da demanda.

33. Segundo o Centro pelo Direito à Habitação e contra os Despejos (COHRE), no âmbito rural brasileiro, os conflitos por terra, habitação, trabalho e alimentação que afetam alguns trabalhadores provêm de um modelo econômico que favoreceu a grande propriedade privada, frente às necessidades dos trabalhadores rurais⁶.

34. As estatísticas revelam que a concentração de terra no Brasil é uma das maiores do mundo. Não atinge 50.000 o número de proprietários rurais que possuem áreas superiores a mil hectares. Aproximadamente 1% da população detém cerca de 46% de todas as terras. Apenas 60 milhões de hectares são utilizados para cultivos, dos 400 milhões titulados como propriedade privada. O restante das terras, que se destina à produção pecuária, está subutilizado ou ocioso. Dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) mostram que cerca de 100 milhões de hectares de terra estão ociosos no Brasil. O país possui cerca de 600 milhões de hectares cultiváveis, dos quais 250 milhões são áreas chamadas de terras “devolutas”⁷ e 285 milhões, latifúndios, na maior parte improdutivos. Ainda de acordo com esses dados, 138 milhões de hectares estão em mãos de apenas 28.000 e 85 milhões de hectares em poder de apenas 4.236 proprietários⁸.

35. Por outro lado, há cerca de 4,8 milhões de famílias de trabalhadores rurais “sem terra”, ou seja, que vivem em condições de posseiros, arrendatários, regimes de terra compartilhada ou com propriedades inferiores a cinco hectares. As melhores terras destinam-se a monocultivos de produtos para exportação, tais como laranja, cana-de-açúcar, algodão e café.

36. Além disso, o Relatório do Relator Especial das Nações Unidas sobre Habitação Adequada, de 2002, ressaltou que aproximadamente 1% dos latifundiários são donos de 45% de todas as extensões existentes no domínio privado. Segundo os mesmos dados, cerca de cinco milhões de famílias não têm acesso à propriedade da terra, ao passo que outras cinco milhões de propriedades rurais são extremamente pequenas para produzir. Atualmente, de acordo com dados do INCRA, consignados no referido relatório, há cerca de 100 milhões de hectares de terras não cultivadas no país. Outras 55.000 propriedades rurais são classificadas como não produtivas, cuja extensão é aproximadamente 120 milhões de hectares⁹. Os chamados “pequenos produtores” são responsáveis pela maior parte da produção e também pela geração de emprego na área rural.

⁶ *Desalojos en América Latina: Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*. Centro pelo direito à Habitação e contra os Despejos (COHRE). ISBN: 92-95004-35-3. Ano 2006, em: http://www.cohre.org/store/attachments/Desalojos_web.pdf.

⁷ Terras que, não sendo próprias nem destinadas a qualquer uso público federal, estatal, territorial ou municipal, não se incorporam ao domínio privado.

⁸ Crimes do Latifúndio. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, Comissão Pastoral da Terra, Centro de Direitos Humanos Evandro Lins e Silva e Instituto Carioca de Criminologia e Direitos Humanos no Brasil. 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003, da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com Global Exchange.

⁹ Relatório do Relator Especial sobre Habitação Adequada, como parte do direito a um nível de vida adequado, Senhor Miloon Kothari, de 18 de fevereiro de 2004 E/CN.4/2005/48/Add.3.

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)

37. O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (doravante “MST”), nasceu na região sul do Brasil no final da década de 70¹⁰. Surgiu da extrema concentração de terra em grandes latifúndios, da prática de apropriação de terras, denominada “grilagem”, e do processo de modernização e liberalização da agricultura, que forçava os camponeses a abandonarem as terras em que habitavam.

38. Os agricultores que perderam suas terras, lares e meios de subsistência iniciaram o Movimento de Sem Terra em 1979 como meio de defender seus direitos. O movimento expandiu-se por todo o país, iniciando ocupações para reclamar terras. O movimento cresceu, até que finalmente, em 1984, o MST foi criado formalmente para defender a reforma agrária e uma mudança estrutural de ampla base, que incluísse um serviço de bem-estar social melhorado, emprego, serviço de saúde e educação, bem como a promoção dos meios de produção por meio do cooperativismo¹¹.

39. Embora tenha havido avanços significativos no sentido de uma política agrária e de habitação que permita o retrocesso da desigualdade tanto social como territorial, na prática esses avanços têm sido lentos. Como consequência, a estratégia de ocupar terras totalmente improdutivas e outras subempregadas transformou-se em um meio importante de pressão para a reforma do sistema de propriedade da terra e dos assentamentos. No correr dos anos, o MST, em colaboração com outros movimentos sociais, foi responsável por estabelecer 350.000 famílias em terras. Os assentamentos proporcionam moradia, juntamente com oportunidades de prática de produção pecuária coletiva, educação e sustento¹².

40. Embora a ocupação de terra tenha comprovado sua eficácia, o processo de negociação com as autoridades é longo, devendo famílias inteiras, nesse ínterim, viver em condições inadequadas tanto de habitação como de subsistência, sendo frequentemente objeto de violência infringida pelos latifundiários, milícias armadas particulares e polícia¹³.

Violência na Área Rural Brasileira¹⁴

41. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), de 1987 a 2005 foram assassinados 1.910 trabalhadores rurais¹⁵, sendo que poucos dos autores

¹⁰ *Human Rights Watch, WORLD REPORT 2006*, disponível em: <http://www.hrw.org/english/docs/2006/01/13/global12428.htm>.

¹¹ Relatório do Relator Especial sobre Habitação Adequada, como parte do direito a um nível de vida adequado, Miloon Kothari E/CN.4/2005/48/Add.3, 18 de fevereiro de 2004. Dados semelhantes figuram no website do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, disponível em <http://www.mercadonegro1.hpg.ig.com.br/mst.htm>.

¹² Crimes do latifúndio. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, Comissão Pastoral da Terra, Centro de Direitos Humanos Evandro Lins e Silva e Instituto Carioca de Criminologia e Direitos Humanos no Brasil, 2003, da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, em colaboração com *Global Exchange*.

¹³ Relatório do Relator Especial sobre Habitação Adequada, como parte do direito a um nível de vida adequado, Senhor Miloon Kothari E/CN.4/2005/48/Add.3, 18 de fevereiro de 2004.

¹⁴ Relatório Nacional sobre a Situação dos Direitos Humanos e a Reforma Agrária no Brasil, ano 2000, DHnet Rede Direitos Humanos e Cultura, disponível em: <http://www.dnet.org.br/direitos/sos/terra/ragraria.htm>.

¹⁵ *A Rede de Investigação-Ação sobre a Terra* 25 de Julho, 2005. Comissão Pastoral da Terra (CPT) – Secretaria Nacional. Disponível em: <http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1256&eid=6>.

materiais desses casos foram julgados e condenados, verificando-se número ainda menor de autores intelectuais submetidos a processo. Segundo a mesma CPT¹⁶, de 1997 a 2005 ocorreram no território brasileiro 6.969 casos individuais de violência no campo, sob a forma de situações de distúrbios diversos, muitos dos quais tiveram consequências fatais.

42. Em conformidade com o estabelecido pela CPT e pelo Instituto Carioca de Criminologia (ICC), o Estado do Paraná pode ser considerado como um dos que apresenta maior incidência de violações de Direitos Humanos contra trabalhadores rurais. Segundo as fontes, a situação agravou-se principalmente no Governo Estadual de 1995 a 2002, quando foi estabelecida uma política repressiva contra os trabalhadores.

43. Em conformidade com o anterior, a Secretaria de Segurança iniciou uma série de despejos em acampamentos de famílias sem terra. Segundo a CPT e o ICC, os fazendeiros intimidavam os trabalhadores rurais, empregando grupos armados e pressionavam o Governo a que fizesse despejos de famílias sem terra, contrariando a política governamental de tratar a questão agrária sem uso da força¹⁷.

44. Um balanço de 1999, realizado pela CPT, indicou um alto índice de violência contra trabalhadores rurais no Estado do Paraná. Algumas declarações registradas pela Rede Nacional Autônoma de Advogados Populares (RENAAP) ilustram os fatos referidos¹⁸.

Impunidade em Casos de Violência Rural

45. Em diversas operações de despejo violentas ocorridas, foram identificados, atuando em conluio com a força pública, pistoleiros particulares, contratados pelos proprietários das terras objeto do despejo. Segundo diversas fontes, muitos destes casos não foram investigados nem julgados¹⁹.

¹⁶ Tabela de síntese das situações de violência nos conflitos de terra por Estado, disponível em: <http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1259&eid=6>.

¹⁷ *Crimes do Latifúndio*. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, Comissão Pastoral da Terra, Centro de Direitos Humanos Evandro Lins e Silva e Instituto Carioca de Criminologia. O pêndulo da violência – A luta pela terra no Paraná em 2003. Jelson Oliveira. Ambas as fontes publicadas em: Direitos Humanos no Brasil 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003, Capítulo I. A Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com *Global Exchange*.

¹⁸ Relatório Nacional sobre a Situação dos Direitos Humanos e a Reforma Agrária no Brasil, ano 2000. DHnet Rede Direitos Humanos & Cultura. Disponível em: <http://www.dnet.org.br/direitos/sos/terra/ragraria.htm>. Dados semelhantes figuram nos site: Arquivos dos protestos globais (*Arquivos of global protests*), onde também se pode corroborar a data, disponível em: http://www.nadir.org/nadir/initiativ/agp/free/imf/brasil/mst/2000/0227violencia_urgente.html.

¹⁹ CIDH, Relatório Nº 4/03 *Caso 11.820. Admisibilidad*, 20 de fevereiro de 2003. Violência e Impunidade: Realidade Permanente no Pará. José Batista Gonçalves Afonso. Direitos Humanos no Brasil 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003, Capítulo I. A Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. Responsabilidade internacional do Estado e decisões do Sistema Interamericano em 2003. Cejil Brasil, Eldorado dos Carajás. Cejil Brasil. Relatório da *Amnesty International* publicado em 1º de janeiro de 1998: *BRAZIL. Corumbiara and Eldorado de Carajás: Rural violence, police brutality and impunity*, AMR 19/01/98. Relatório da Anistia Internacional. AMR 19/29/95/s, *Malos tratos a campesinos sin tierra en el estado de Paraná*. Relatório da *Anistia Internacional*, publicado em setembro de 1988: *Brazil: Authorized violence in rural areas*, AMR 19/16/88.

46. Uma das principais razões para germinar a violência no campo no Brasil é a impunidade. Ela transformou-se em importante cúmplice da violência rural ao incorporar ao contexto não somente a falta de punição dos responsáveis pelos fatos, mas também uma atemorização da população, diante da inação das autoridades frente aos fatos ocorridos²⁰. A esse respeito, tem-se notícia de vários fatos de violência que ficaram impunes. Além disso, o Relatório Anual de Direitos Humanos no Brasil, de 2003, faz referência a alguns assassinatos de líderes importantes da Região, cuja atuação se dirigia à defesa dos direitos dos trabalhadores rurais²¹.

47. A Comissão tem conhecimento de somente dois casos em que houve condenação por assassinato de trabalhadores rurais no contexto descrito²².

Iniciativas do Governo Federal para Combater a Violência no Campo

48. Em dezembro de 2004, o Governo Federal adotou uma emenda constitucional no sentido de que as graves violações de direitos humanos passariam a ser ofensas federais. A mudança admite que certas violações contra os direitos humanos sejam transferidas para o sistema federal, diferente do estadual, para serem investigadas e julgadas²³. A Comissão carece de informações se alguma causa de violência rural foi requisitada pela Justiça Federal.

49. Entre os programas específicos em prática, a Ouvidoria Agrária Nacional tem o objetivo de garantir os direitos humanos e sociais do camponês. Foi criada com o objetivo de prevenir e mediar os conflitos agrários na zona rural. Deve operar em conjunto com os órgãos governamentais e não governamentais envolvidos na prestação de garantias aos direitos humanos e sociais das pessoas afetadas pelos conflitos agrários no campo.

50. As ouvidorias devem proporcionar as condições para que o trabalhador rural seja dotado de instrumentos capazes de alcançar a defesa de seus direitos, com vistas principalmente aos direitos humanos e sociais, conforme estipula a Constituição Federal. Sua criação é uma contribuição do Governo Federal para a solução e prevenção extrajudicial dos conflitos agrários.

²⁰ *Violência e Impunidade: Realidade Permanente no Pará*. José Batista Gonçalves Afonso. Direitos Humanos no Brasil 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com *Global Exchange*. Capítulo I. *Human Rights Watch World Report 2003*.

²¹ *Violência e Impunidade: Realidade Permanente no Pará*. José Batista Gonçalves Afonso. Direitos Humanos no Brasil 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com *Global Exchange*. Capítulo I. *Human Rights Watch World Report 2003*.

²² Existe uma condenação contra o fazendeiro Jerônimo Alves do Amorim pela morte de Expedito Ribeiro, de 06 de junho de 2000, e outra contra Adilson Carvalho Laranjeiras e Vantuir de Paula pela morte de João Canuto, em 29 de maio de 2003. O fato da morte de João Canuto de Oliveira foi objeto de relatório da Comissão: CIDH, Relatório N° 24/98 *Caso 11.287. João Canuto de Oliveira*. Brasil. 07 de abril de 1998. Isso também é mencionado em: *Violência e Impunidade: Realidade Permanente no Pará*. José Batista Gonçalves Afonso. Direitos Humanos no Brasil 2003. Relatório Anual – Os Direitos Humanos no Brasil, 2003. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em colaboração com *Global Exchange*. Capítulo I. *Human Rights Watch World Report 2003*.

²³ *Human Rights Watch, WORLD REPORT 2006*.

51. Entre as iniciativas implementadas pela Ouvidoria Agrária, especificamente em relação ao Estado do Paraná, figura a elaboração de um Plano de Combate à Violência na Zona Rural do Estado do Paraná, o qual teve lugar em 04 de setembro de 2003, incluindo entre suas ações uma identificação – em conjunto com a Superintendência do INCRA – das áreas prioritárias a serem incorporadas no Programa Nacional de Reforma Agrária, mediante o processo de compra e venda regulado pelo Decreto Nº 433/1992.

Fatos Relativos ao Homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi

52. Em novembro de 1998, a Fazenda São Francisco, de propriedade de Maurílio Favoretto, Darci Favoretto, Morival Favoretto e Wilson Ferreira, localizada no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná, foi ocupada por cerca de setenta famílias de trabalhadores rurais “sem terra”²⁴.

53. Em 27 de novembro de 1998, de madrugada²⁵, ocorreu no aludido local uma operação violenta de despejo, levada a cabo por um grupo armado civil, composto de aproximadamente 20 homens, encapuzados e contratados pelos fazendeiros²⁶.

54. A morte do Trabalhador Sétimo Garibaldi, de 52 anos, casado com Iracema Garibaldi, com quem teve filhos²⁷, ocorreu em consequência de uma ferida causada por um projétil calibre 12, que o atingiu na coxa esquerda, causando hemorragia. O falecimento ocorreu na madrugada de 27 de novembro de 1998, às 5h00, na operação de despejo arbitrário em questão²⁸, tendo um de seus componentes disparado o tiro mortal.

55. Entre a ocupação da fazenda, no início de novembro de 1998 e em 27 de novembro de 1998, segundo declarações testemunhais não controversas, os ocupantes tinham conhecimento de que os proprietários da Fazenda São Francisco tinham intenção de desalojá-los da propriedade por meios próprios²⁹.

²⁴ Denúncia dos petionários perante a CIDH de 6 de maio de 2003, p. 2.

²⁵ Aproximadamente entre as 4h30 e as 5h30, segundo se conclui de todas as declarações testemunhais constantes tanto da petição como dos relatórios policiais.

²⁶ As declarações testemunhais constantes do expediente também indicam que Morival Favoretto, coproprietário da fazenda São Francisco, juntamente com Ailton Lobato, administrador de outra propriedade da qual o primeiro sujeito é coproprietário (segundo consta de sua declaração constante do anexo 26 da demanda), estavam sem capuz comandando a operação. Anexos 2, 3, 4, 18, 19 e 37 da demanda. As declarações igualmente indicam que os agressores dirigiam um caminhão Volkswagen de placa AEW-7629, o qual, segundo consta do relatório do Sistema Integrado da Polícia Civil, constante do anexo 12 da demanda, pertence a Favoretto Colheitas Agrícolas S/C. LTDA. ME. A cópia da constituição societária desta firma, constante do anexo 13 da demanda, indica Morival Favoretto como membro da sociedade.

²⁷ O petionário não proporcionou informação sobre os nomes dos filhos do Senhor Sétimo Garibaldi, nem acerca das idades dos mesmos durante a tramitação anterior ao relatório de mérito. Uma vez emitido este, os representantes indicaram que os familiares da vítima com direito à reparação seriam: Iracema Cioato Garibaldi (viúva do Senhor Garibaldi); os filhos do Senhor Sétimo Garibaldi: Vanderlei Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi.

²⁸ Exame de necropsia, anexo 11 da demanda e Atestado de Óbito de Sétimo Garibaldi, anexo 16 da demanda.

²⁹ Declaração de José Aparecido de Paula, anexo 21 da demanda.

56. A operação de despejo começou quando os integrantes do grupo armado particular apareceram no acampamento em horas da madrugada, transportados em dois caminhões e uma camioneta, portando armas de grosso calibre, tais como carabinas calibre 44 e escopetas calibre 12, forçando os ocupantes a saírem de suas barracas e dirigir-se ao centro do local, onde foram obrigados a permanecer estendidos de boca para baixo. Para isso, gritavam, disparando tiros ao ar e usando também as armas para golpear as pessoas contra as quais pesava a ação³⁰.

57. Os componentes do grupo, que se tratavam empregando patentes militares – como capitão, sargento e outros – identificaram-se em voz alta como agentes da polícia³¹. No meio da ação, enquanto as famílias assentadas eram obrigadas a sair de suas barracas, Sétimo Garibaldi foi atingido por uma bala disparada por uma das armas dos agressores, o que ocorreu no momento em que saiu da respectiva barraca³². Devido ao impacto, o Senhor Sétimo Garibaldi caiu no solo e morreu em consequência da hemorragia produzida pelo ferimento. Ao dar-se conta de sua morte, a camarilha armada procedeu a retirar-se do lugar. O despejo das setenta famílias que ocupavam a fazenda não pôde ser efetuado na ocasião³³.

58. Da informação constante do expediente e que não foi controvertida pelo Estado, os indivíduos que acampavam na Fazenda São Francisco em 27 de Novembro de 1998 eram membros do MST³⁴.

Fatos Posteriores à Morte e sobre a Investigação

59. O homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi foi denunciado à Polícia Militar do Estado do Paraná em 27 de novembro de 1998, às 6h00³⁵. Em consequência, nesse mesmo dia foi instruída a investigação policial N° 179/98.

60. Várias das testemunhas oculares da tentativa de despejo forçado, por fazerem parte do assentamento³⁶, conseguiram identificar Morival Favoretto, coproprietário da Fazenda São Francisco, e Ailton Lobato³⁷, capataz de outra fazenda da qual o primeiro é coproprietário, constituindo o grupo armado que tentou efetuar o despejo.

³⁰ Segundo se conclui da declaração de Teotônio Luis dois Santos, anexo 19 da demanda, que, ao sair de sua barraca, foi surpreendido por três sujeitos, sendo golpeado por um deles com a arma na cabeça e posteriormente obrigando-o a dirigir-se ao centro do acampamento.

³¹ Declarações de Atilio Martins Mieiro, Carlos Valter da Silva e Nelson Rodrigues dos Santos, anexos 2, 3 e 4 da demanda.

³² Na coxa esquerda.

³³ Anexos 2, 3 e 4 da demanda.

³⁴ Segundo se conclui das diversas declarações testemunhais anexas à petição que não foram controvertidas.

³⁵ Boletim de ocorrência elaborado na Delegacia de Querência do Norte, Paraná, Anexo 9 da demanda.

³⁶ Declarações de Atilio Martins Mieiro, Carlos Valter da Silva, Edvaldo Rodrigues Francisco e Nelson Rodrigues dos Santos, anexos 2, 3, 4 e 18 da demanda.

³⁷ Capataz da Fazenda Mundai, segundo se conclui do auto de prisão do sujeito, anexo 5 da demanda. A Fazenda Mundai é de copropriedade de Morival Favoretto, conforme sua própria declaração constante do anexo 26 da demanda.

61. A polícia compareceu à Fazenda São Francisco na data da ocorrência, aproximadamente às 6h30³⁸, embora não tenha procedido a levantar o cadáver de Sétimo Garibaldi, o qual foi transportado por membros do assentamento objeto da tentativa de despejo ao hospital de Querência do Norte³⁹, onde foi feita a autópsia⁴⁰.

62. Não consta do auto de levantamento do local do crime elaborado pela polícia⁴¹ que tenham sido obtidas da cena da ocorrência provas de qualquer tipo, exceto duas cápsulas de projétil calibre 12. Fez-se menção de que no lugar havia vestígios de sangue.

63. Naquele mesmo dia, 27 de novembro de 1998, a Polícia de Querência do Norte foi a outra fazenda, onde deteve o Senhor Ailton Lobato por considerar que estava em delito flagrante por posse ilegal de arma e formação de quadrilha⁴². Além disso, recebeu declarações testemunhais de três trabalhadores rurais que estavam no local do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi⁴³; fez a consulta para a identificação do veículo que tinha participado da operação⁴⁴ e solicitou o exame da arma de fogo que portava ilegalmente o Senhor Lobato⁴⁵.

64. Em 02 de dezembro de 1998, Edvaldo Rodrigues Francisco apresentou-se à Delegacia de Polícia de Querência do Norte para prestar declaração testemunhal em relação aos acontecimentos, fazendo a entrega de duas cápsulas de projéteis usadas calibre 38, um projétil calibre 12 sem uso e um projétil calibre 44 sem uso⁴⁶. Posteriormente, em datas 02 e 03 de dezembro de 1998⁴⁷, foram recebidos outros três depoimentos sobre a morte do Senhor Garibaldi e eventuais autores intelectuais e materiais da operação de despejo. Em 03 de dezembro de 1998, o Delegado de Polícia de Querência do Norte solicitou a prisão temporária do Senhor Morival Favoretto⁴⁸.

65. Em 09 de dezembro de 1998, o Ministério Público solicitou a realização de algumas diligências, por exemplo: indiciar indiretamente o Senhor Morival Favoretto; fazer o reconhecimento dos veículos identificados pelos trabalhadores rurais; realizar perícias do projétil de arma de fogo encontrado no cadáver do Senhor Sétimo Garibaldi; colher declarações de empregados de Morival Favoretto e outros possíveis suspeitos; e colher declarações de outras testemunhas que estavam presentes na Fazenda São Francisco em 27 de novembro de 1998. Nessa mesma ocasião, o Ministério Público pronunciou-se favoravelmente a respeito da possível prisão temporária do Senhor Morival Favoretto⁴⁹.

³⁸ Auto de levantamento do local do crime, anexo 10 da demanda.

³⁹ Boletim de ocorrência do fato lavrado na Chefatura de Polícia de Querência do Norte, constante do anexo 9 da demanda.

⁴⁰ Exame de necrópsia, anexo 11 da demanda.

⁴¹ Auto de levantamento do local do crime, anexo 10 da demanda.

⁴² Anexo 5 da demanda.

⁴³ Anexos 2, 3 e 4 da demanda.

⁴⁴ Anexo 12 da demanda.

⁴⁵ Anexo 7 da demanda.

⁴⁶ Anexos 18 e 20 da demanda.

⁴⁷ Declarações de testemunhas, anexos 19, 21 e 37 da demanda.

⁴⁸ Anexo 22 da demanda.

⁴⁹ Anexo 45 da demanda.

66. Em 14 de dezembro de 1998, a juíza do caso negou a solicitação de prisão temporária do Senhor Favoretto por considerar que as testemunhas apresentavam declarações divergentes⁵⁰.

67. Em 17 de dezembro seguinte, atendendo ao pedido da Juíza da Comarca de Loanda, o escrivão de polícia César Napoleão Casimir Ribeiro acostou um documento de informação ao expediente da investigação policial. O escrivão refere, sem indicar a data do acontecimento, que aproximadamente às 6h00 chegou ao local do crime do Senhor Garibaldi, acompanhado de policiais militares, e constatou que as declarações das testemunhas não faziam referência à participação de Ailton Lobato e Morival Favoretto no ataque à Fazenda São Francisco. De acordo com esse funcionário público, as testemunhas só mencionaram que a operação foi realizada por homens encapuzados, com armas de grosso calibre e que a única suspeita correspondia ao reconhecimento de um caminhão Volkswagen branco, constantemente dirigido pelo capataz Ailton Lobato. O escrivão indica também que, ante esse indício, os policiais resolveram ir à Fazenda Amabai, local em que encontraram o indiciado Ailton Lobato dirigindo uma camionete, acompanhado de dois tratoristas. O investigado, que não tinha licença para portar arma, levava consigo um revólver calibre 38 que, segundo ele, era utilizado para defender-se das ameaças dos trabalhadores sem terra. Ailton Lobato, em conformidade com o documento de informação, cooperou com os policiais, permitindo revistas em sua casa e na fazenda, sem terem sido encontradas outras armas nesses lugares⁵¹.

68. O Senhor César Ribeiro informou que, na mesma data, ao conduzir em comboio a família do investigado Ailton Lobato e os dois tratoristas que o acompanhavam, na Fazenda Amabai, para evitar a represália dos integrantes do MST, tinha acordado com os policiais que dispararia um tiro para o alto para avisar-lhes que um veículo parado na fazenda não oferecia ameaça. Para tanto, o escrivão afirmou ter utilizado a arma do indiciado Ailton Lobato⁵².

69. Além disso, o escrivão Ribeiro indicou que Ailton Lobato teria sido vítima de ameaças de morte por parte dos trabalhadores acampados na Fazenda São Francisco, fatos lavrados no livro de ocorrências da Delegacia de Polícia de Querência do Norte, no final de outubro de 1998. Em conformidade com o exposto por esse funcionário público, Ailton Lobato decidiu não iniciar uma ação contra os trabalhadores para evitar maiores transtornos⁵³.

⁵⁰ Anexo 45 da demanda.

⁵¹ Informação do escrivão de polícia Cezar Napoleão Casimir Ribeiro, de 17 de dezembro de 1998, anexo 23 da demanda.

⁵² Informação do escrivão de polícia Cezar Napoleão Casimir Ribeiro, de 17 de dezembro de 1998, anexo 23 da demanda.

⁵³ Informação do escrivão de polícia Cezar Napoleão Casimir Ribeiro, de 17 de dezembro de 1998, anexo 23 da demanda.

70. Em 09 de março de 1999, o indiciado Morival Favoretto prestou sua primeira declaração na Delegacia de Polícia de Loanda⁵⁴. Negou as acusações formuladas contra ele, alegando que na data dos fatos estava na cidade de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, acompanhando seu irmão, Darci Favoretto, em uma consulta médica ao Dr. Flair Carrilho. Além disso, afirmou ter-se hospedado na residência de seu primo, Eduardo Minutoli Júnior, e aportou ao expediente da investigação o recibo do pagamento da consulta, sem número de registro, assinado pelo referido médico, com data de 25 de novembro de 1998⁵⁵.

71. O Senhor Morival Favoretto indicou em sua declaração que, por motivo de ameaças de morte contra ele proferidas pelos trabalhadores rurais, a última vez que tinha estado em sua fazenda tinha sido em agosto de 1998, antes da invasão pelos membros do MST. Além disso, sobre os dois veículos identificados pelos trabalhadores no ataque ao acampamento, aduziu que a camionete F1000, de cor negra, tinha sido vendida antes dos fatos e o caminhão VW 7100, de cor branca, pertencente à sua sociedade, não estava na região dos fatos quando estes ocorreram⁵⁶.

72. A segunda declaração de Morival Favoretto, prestada na Delegacia de Polícia de Sertãoópolis, tem data de 24 de março de 2000⁵⁷. Nessa oportunidade, o investigado reiterou a versão de que não estava na região dos fatos na data do crime. No tocante aos veículos identificados pelos trabalhadores, declarou que a mencionada camionete F1000 tinha sido vendida em 27 de agosto de 1998 a Carlos Eduardo Favoretto da Silva, que a tinha vendido a Clidenor Guedes de Melo, em 24 de novembro de 1998; no entanto, o Ministério Público não fez diligência alguma para confirmar esta informação. Além disso, Morival Favoretto informou à autoridade policial o endereço de seu primo, Eduardo Minutoli Júnior, e do médico Flair Carrilho.

73. Em 28 de setembro de 2000, Eduardo Minutoli prestou declaração na Delegacia de Polícia de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, afirmando que “seu primo Morival Favoretto esteve hospedado em sua casa, em companhia do irmão Darci Favoretto e da esposa de Darci, de nome Sandra Favoretto”⁵⁸. Não consta do termo de declaração informação adicional nem a data em que teria ocorrido a mencionada visita.

74. Em 25 de julho de 2002, o médico Flair José Carrilho apresentou declaração na Terceira Delegacia de Investigações interestaduais, na cidade de São Paulo, indicando que assistia a Darci Favoretto desde 1994 e este fazia consultas médicas a cada três ou seis meses, sempre acompanhado de sua esposa e de outro familiar. No entanto, declarou que não podia confirmar a presença de Morival Favoretto em sua

⁵⁴ Anexo 24 da demanda.

⁵⁵ Recebimento de pagamento de consulta médica, anexo 25 da demanda.

⁵⁶ Primeira declaração de Morival Favoretto, anexo 24 da demanda.

⁵⁷ Segunda declaração de Morival Favoretto, anexo 26 da demanda.

⁵⁸ Declaração de Eduardo Minutoli, de 28 de setembro de 2000, anexo 27 da demanda.

clínica em 25 de dezembro de 1998. Indicou também que o recibo do pagamento da consulta e a assinatura presente no mesmo eram autênticos. Finalmente, aduziu que não podia fornecer mais informações referentes ao relatório médico, por força das normas legais sobre o sigilo profissional⁵⁹.

75. Em 12 de maio de 2004, o Fiscal Edmárcio Real emitiu pronunciamento favorável ao arquivamento da Investigação Policial IP-178-98⁶⁰. Ao expor as razões de seu pedido, esse fiscal indicou que: quatro testemunhas apontaram a participação de Morival Favoretto e Ailton Lobato no ataque à Fazenda São Francisco; os outros membros do MST não mencionaram em suas declarações terem visto essas pessoas; o investigado Ailton Lobato, por ocasião de sua detenção em flagrante, estava dirigindo no sentido da cidade de Santa Cruz de Monte Castelo; os dois indiciados negam a participação nos fatos; o médico Flair José Carrilho confirma a presença de Morival Favoretto em seu consultório na data dos fatos⁶¹; o escrivão Cézár Napoleão Casimir Ribeiro relatou a divergência entre as declarações das testemunhas; uma pessoa encapuzada disparou o tiro que causou a morte de Sétimo Garibaldi e não era nenhum dos investigados; que não se pôde identificar a pessoa que disparou esse tiro; que esta não tinha a intenção de assassinar o Senhor Sétimo Garibaldi, uma vez que disparou contra a perna dele; e que não foi comprovado que os veículos utilizados no ataque pertenciam a Morival Favoretto.

76. Em 18 de maio de 2004, a Juíza Elizabeth Kather, do Juizado de Loanda, seguindo o parecer do Ministério Público, determinou o arquivamento da investigação da morte do Senhor Sétimo Garibaldi⁶². Contra tal decisão, a Senhora Iracema Garibaldi, viúva do Senhor Garibaldi, impetrou um “Mandado de Segurança” em 16 de setembro de 2004, solicitando a reabertura da investigação, a qual foi arquivada com “absoluta ausência de fundamentos”, em conformidade com o artigo 93, alínea IX, da Constituição Federal⁶³.

77. Em 17 de setembro de 2004, o Tribunal de Justiça negou dito recurso, afirmando não existir direito definido e certo em favor da requerente, havendo necessidade de aprofundar-se no conteúdo probatório, o que seria incompatível com o objeto e propósito do “Mandado de Segurança”⁶⁴.

⁵⁹ Declaração de Flair José Carrilho, anexo 28 da demanda.

⁶⁰ Parecer do Ministério Público em favor do arquivamento da investigação, de 12 de maio de 2004, em virtude da falta de provas, anexo 33 da demanda.

⁶¹ Embora essa informação não surja da prova, uma vez que o próprio médico indicou que não podia confirmar a presença do Senhor Favoretto.

⁶² Decisão da juíza, anexo 34 da demanda.

⁶³ “CF/1988. Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, (...)”.

⁶⁴ Trâmite processual, anexo 35 da demanda.

VII. FUNDAMENTOS DE DIREITO

A. Violação dos Direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial em Relação à Obrigação geral de Garantir os Direitos Humanos e o Dever de Adotar Disposições de Direito Interno (Artigos 8.1, 25 e 1.1 da Convenção Americana)

78. A Comissão Interamericana sustenta que o Estado brasileiro, posteriormente a 10 de dezembro de 1998, descumpriu sua obrigação de investigar efetiva e adequadamente o homicídio cometido contra o Senhor Sétimo Garibaldi, em violação dos artigos 8º e 25 da Convenção, com relação ao descumprimento do artigo 1(1) do mesmo instrumento.

79. Segundo o artigo 8º(1) da Convenção Americana:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

80. Por sua vez, o artigo 25(1) da Convenção dispõe que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

81. Por seu lado, o artigo 1(1) da Convenção estabelece que:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

82. Em conformidade com o disposto neste último artigo, os Estados-Partes na Convenção têm a obrigação de investigar e punir os responsáveis por violações a direitos humanos e, conforme o caso, indenizar as vítimas de tais violações ou seus familiares. No tocante às normas convencionais anteriormente transcritas, a Corte estabeleceu o seguinte:

O Estado tem o dever de investigar as violações de direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade. A Corte definiu a impunidade como “a falta, em seu conjunto, de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”⁶⁵ e indicou que “o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis, uma vez que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total indefesa das vítimas e seus familiares”⁶⁶.

83. A Comissão considera que a constatação de que os fatos não foram investigados nem esclarecidos diligentemente e, em consequência, que os responsáveis de violações de direitos humanos não foram identificados mediante uma investigação diligente e ulteriormente punidos mediante atos judiciais em um processo devidamente substanciado permite concluir que o arquivamento do caso sem a devida investigação por parte do Estado constitui descumprimento do estabelecido no artigo 1.1 da Convenção⁶⁷.

84. Além disso, a Corte Interamericana determinou que a obrigação assumida pelos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção Americana significa que:

Os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, além disso, o restabelecimento, se é possível, do direito violado e, conforme o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos⁶⁸.

⁶⁵ Nesse sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, parágrafo 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “19 Comerciantes”*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, parágrafo. 175; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, (art. 63.1 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos), Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, parágrafo 64.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Derechos Humanos). Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 42; par. 170.

⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63; parágrafo 228.

⁶⁸ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 166.

85. A obrigação estatal de investigar não deixa de ser cumprida somente por não existir uma pessoa condenada na causa ou pela circunstância de que, apesar dos esforços realizados, seja impossível a acreditação dos fatos. No entanto, para que os órgãos da maquinaria internacional de proteção possam estabelecer de forma convincente e crível que este resultado não foi produto da execução mecânica de certas formalidades processuais sem que o Estado busque efetivamente a verdade, este deve demonstrar que fez uma investigação imediata, exaustiva, séria e imparcial⁶⁹.

86. A Corte indicou também o seguinte:

O Estado tem o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as punições pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação⁷⁰. Se o aparato do Estado atuar de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, o quanto antes possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição⁷¹.

87. Sobre a forma como se deve cumprir a obrigação de investigar, a Corte especificou o seguinte:

A obrigação de investigar deve ser feita com seriedade e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios, sem que a autoridade pública busque efetivamente a verdade⁷².

⁶⁹ CIDH, Relatório Anual 1997, Relatório 55/97, *Caso 11.137 (Juan Carlos Abella e outros)*, Argentina, parágrafo 412. Sobre o mesmo tema, *cf.*: CIDH, Relatório Anual 1997, Relatório 52/97, *Caso 11.218 (Arges Sequeira Mangas)*, Nicarágua, parágrafos 96 e 97.

⁷⁰ *Idem* nota anterior, parágrafo 174. Ver também Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Godínez Cruz*, Sentença de 20 de janeiro de 1989, parágrafo 184.

⁷¹ *Idem* nota anterior, parágrafo 166. *Caso Godínez Cruz*, parágrafo 187.

⁷² Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 177.

88. Além disso, a Corte também estabeleceu o seguinte:

No cumprimento da obrigação de investigar e sancionar [...], o Estado deve remover todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantenham a impunidade, conceder as garantias de segurança suficientes às testemunhas, às autoridades judiciais, fiscais, a outros operadores de justiça e aos familiares das vítimas, bem como utilizar todas as medidas a seu alcance para diligenciar o processo⁷³.

89. Ante o exposto, no entender da Comissão, uma finalidade elementar de todo processo criminal é a de esclarecer a verdade do fato investigado. A investigação judicial deve ser empreendida de boa-fé, de maneira diligente, exaustiva e imparcial e deve estar orientada a explorar todas as linhas investigativas possíveis que permitam a identificação dos autores do delito para seu posterior julgamento e punição.

90. O *Manual para a prevenção e investigação eficazes das execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias*, adotado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas mediante Resolução 1989/65, fornece elementos básicos requeridos em um caso em que tenha havido morte suspeita⁷⁴:

- a) O propósito da investigação deve ser determinado pela causa, forma e momento da morte, pessoa responsável, bem como práticas e procedimentos que possam tê-la provocado;
- b) Além disso, as autoridades devem realizar uma autópsia adequada, compilar e analisar todo o material e a documentação probatória a seu alcance, bem como tomar todas as declarações das testemunhas pertinentes.

91. A Comissão estima que a atuação deficiente das autoridades estatais, vista em seu conjunto, criou uma falta de investigação e, portanto, de esclarecimento dos fatos, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelo homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi. Transcorridos quase 10 anos após esse homicídio, não foram identificados nem punidos os responsáveis e, portanto, os familiares do Senhor Sétimo Garibaldi não puderam obter justiça nem interpor um recurso com o objetivo de conseguir uma compensação pelos danos sofridos.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Carpio Nicolle e outros*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C N° 117, parágrafo 134.

⁷⁴ *Inter alia*, CIDH, Relatório N° 10/95, *Caso 10.580, Manuel Stalin Bolaños*, Equador, Relatório Anual da CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, rev. 3, 3 de abril de 1996, parágrafos 32 a 34; Relatório N° 55/97, *Caso 11.137, Juan Carlos Abella e otros*, Argentina, parágrafos 413 a 424; e Relatório N° 48/97, *Caso 11.411, "Ejido Morelia"*, México, Relatório Anual da CIDH, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7, rev., 13 de abril de 1996, parágrafos 109 a 112.

92. Ao aplicar as considerações anteriores ao presente caso, cumpre ressaltar que, em 10 de dezembro de 1998, data em que o Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte, a investigação do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi acabava de ser aberta (27 de novembro de 1998) e que, desde então e apesar de haver diferentes elementos informativos – por exemplo, os ocupantes da fazenda sabiam de antemão que se ia realizar a ação, a identificação efetiva de pelo menos duas pessoas que compunham o grupo encarregado do fracassado despejo, bem como a informação a respeito daqueles que teriam interesse direto na realização da operação de despejo e pudessem tê-la ordenado –, o Estado não eliminou os obstáculos nem atuou diligentemente com o objetivo de romper a barreira de impunidade que caracteriza este caso.

93. A respectiva investigação foi aberta para examinar quaisquer autores materiais e intelectuais do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi. No entanto, foram diligenciadas poucas gestões e não se indagou sobre a intervenção de múltiplos executores materiais em diferentes graus de autoria. Tampouco se considerou em um âmbito solvente a teoria de que o fato teria sido anteriormente planejado, nem sobre os autores intelectuais do mesmo. Isso, acrescentado a que os ocupantes da fazenda tinham conhecimento prévio dos planos de despejo e ao fato de que o Estado descumpriu seu dever de prevenir os acontecimentos desse dia e especificamente a morte do Senhor Sétimo Garibaldi.

94. No presente caso, as investigações ausentes fornecem uma ilustração clara do descaso com que atuou o Estado brasileiro, contribuindo para o encobrimento dos responsáveis. A informação de que o Estado dispunha desde o início de sua investigação devia significar a adoção de certas medidas mínimas de investigação que não constam do expediente.

95. As deficiências do processo interno incluem que não foram ordenadas e praticadas provas essenciais, bem como atos de mínima diligência em uma investigação, apesar de haver depoimentos de diversos sujeitos que presenciaram os fatos, sendo efetivamente identificados dois componentes do grupo armado que perpetrou a operação; e que a polícia tomou conhecimento do mesmo apenas a poucas horas após o ocorrido. Além disso, cumpre mencionar que, desde 02 de dezembro de 1998, a testemunha Edvaldo Rodrigues Francisco compareceu à Delegacia de Polícia de Querência do Norte para prestar declaração testemunhal relacionada com os acontecimentos, fazendo na ocasião entrega de duas cápsulas usadas de projéteis calibre 38, uma cápsula de projétil calibre 12 sem uso e um projétil calibre 44 sem uso⁷⁵.

96. A propósito, pode-se observar – a guisa de exemplo – o seguinte:

a) Apesar de as declarações testemunhais afirmarem que as duas pessoas identificadas – Morival Favoretto e Ailton Lobato – portavam armas no dia do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi,

⁷⁵ Anexos 18 e 20 da demanda.

- não foram feitos estudos detalhados a respeito de seu uso nem realizadas provas balísticas a respeito destas duas pessoas;
- b) Não foi confiscada a arma homicida nem foram feitas gestões mais minuciosas para encontrá-la e tampouco foram confiscadas as armas que portavam as duas pessoas identificadas no despejo forçado;
 - c) O Senhor Morival Favoretto não foi interrogado a respeito de sua arma e uso da mesma em nenhuma das duas ocasiões (09 de março de 1999 e 03 de março de 2000) em que prestou declaração;
 - d) O Senhor Ailton Lobato não foi interrogado, uma vez que ele, apesar de ter sido detido em flagrante, não prestou declaração alguma;
 - e) Não se confrontou o Senhor Ailton Lobato frente à declaração prestada pelo Senhor José Aparecido de Paula, o qual afirmou que o Senhor Lobato lhe tinha informado sobre o plano de despejo;
 - f) Contando os investigadores com a arma calibre 38 encontrada em poder de Ailton Lobato, não consta que se tenha feito uma perícia tendente a cotejá-la com as duas cápsulas de projéteis calibre 38, entregues à polícia em 02 de dezembro de 1998;
 - g) Não foram interrogadas as duas pessoas identificadas a respeito de quem eram os demais participantes no despejo;
 - h) Não se perguntou aos outros coproprietários da Fazenda acerca do despejo e do grupo de participantes do mesmo;
 - i) Não se investigou a respeito dos veículos que participaram da operação e foram reconhecidos pelos trabalhadores, após as declarações do Senhor Morival Favoretto. O Estado contentou-se com a declaração do imputado sobre a compra e venda, sem investigar o uso efetivo dos veículos pelos acusados durante o fato – segundo indicaram as testemunhas – nem empreendeu gestão alguma para investigar a veracidade da alienação referida;
 - j) Não se solicitou uma análise do prontuário médico de Darci Favoretto para determinar se realmente o Senhor Morival Favoretto e seu irmão se apresentaram ao médico nesse dia, possibilidade que existe no Estado diante da exceção de “justa causa”; nem se fez uma perícia grafotécnica do recibo da consulta;
 - k) Não foram interrogadas todas as testemunhas, entre outras diligências, levando em conta as novas perspectivas e possibilidades que oferecia a investigação com base na determinação específica de dois dos envolvidos; e
 - l) Não existem provas para demonstrar que o Estado tenha feito qualquer diligência tendente a sanar as deficiências da investigação.

97. Em casos como o presente, a Comissão tem aplicado em seus precedentes constantes e uniformes⁷⁶ os critérios estabelecidos pelas Nações Unidas, destinados a determinar se um Estado cumpriu sua obrigação de investigar de forma imediata, exaustiva e imparcial as execuções sumárias de pessoas que estiveram sob sua jurisdição⁷⁷:

98. A propósito, os princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extrajudicial, arbitrárias ou sumárias estabelecem o seguinte:

9. Proceder-se-á a uma investigação exaustiva, imediata e imparcial de todos os casos em que haja suspeita de execução extrajudicial, arbitrária ou sumária, incluídos aqueles em que queixas de parentes ou outras informações confiáveis levem a pensar que tenha ocorrido uma morte não devida a causas naturais nas circunstâncias referidas. Os governos manterão órgãos e procedimentos de investigação para realizar essas indagações. A investigação terá como objetivo determinar a causa, a forma e o momento da morte, a pessoa responsável e o procedimento ou prática que a possa ter provocado. Durante a investigação, será realizada uma autópsia adequada, serão compiladas e analisadas todas as provas materiais e documentais e serão colhidas as declarações de testemunhas. A investigação determinará a morte por causas naturais, a morte por acidente, o suicídio ou o homicídio.

[...]

11. Nos casos em que os procedimentos de investigação estabelecidos resultarem insuficientes devido à falta de competência, à imparcialidade, à importância do assunto ou aos indícios da existência de uma conduta habitual abusiva, assim como naqueles casos em que ocorram queixas sobre essas insuficiências por parte da família ou que existam outros motivos substanciais para isso, os governos procederão a investigações

⁷⁶ CIDH, Relatório N° 23/02. *Caso 11.517*. Brasil. 28 de fevereiro de 2002, parágrafos 48 a 51. Relatório N° 136/99. *Caso 10.488*. El Salvador. 22 de dezembro de 1999. Parágrafos 173 a 176. *Caso N° 10580*, Equador, parágrafos 32-34; Relatório N° 55/97, caso 11.137, Argentina, 18 de novembro de 1997, parágrafos 423 a 424; Relatório N° 65/99, *Caso 10.228, Hernández Vásquez*, El Salvador, parágrafos 63 e seguintes.

⁷⁷ Manual das Nações Unidas para uma efetiva prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias – ST/CSDHA/12 – 1991 – I. Padrões Internacionais em Matéria de Direitos Humanos. II. A elaboração de Padrões Internacionais para uma efetiva prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias. III. Protocolo Modelo para a investigação de execuções extralegais arbitrárias e sumárias (Protocolo de Minesota). Princípios para uma efetiva Prevenção e Investigação de Execuções Extralegais, Arbitrárias e Sumárias, adotadas por Recomendação do Conselho Econômico e Social mediante a resolução 1989/65, de 24 de maio de 1989. Protocolo Modelo para a investigação forense de mortes suspeitas de terem ocorrido por violação dos Direitos Humanos. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas. Projeto MEX/00/AH/10. Primeira Fase do Programa de Cooperação Técnica para o México. Elaborado por Luis Fondebrider – Equipe Argentina de Antropologia Forense. Maria Cristina de Mendonça – Instituto Nacional de Medicina Legal de Portugal.

conduzidas por uma comissão de investigação independente ou por outro procedimento análogo. Os membros dessa comissão serão eleitos em função da sua reconhecida imparcialidade, competência e independência pessoal. Em particular, deverão ser independentes de qualquer instituição, departamento ou pessoa que possa ser objeto da investigação. A comissão estará autorizada a obter toda a informação necessária para a investigação e a conduzir conforme o estabelecido nestes Princípios.

[...]

18. Os governos zelarão para que sejam julgadas as pessoas que a investigação identificar como participantes de execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias, em qualquer território sob sua jurisdição. Os governos farão comparecer essas pessoas ante a justiça, ou colaborarão para extraditá-las a outros países que se proponham a submetê-las a julgamento. Esse princípio se aplicará com independência de quem sejam os perpetradores ou as vítimas, do local em que se encontrem, de sua nacionalidade e do local onde se cometeu o delito.

99. Não consta que no curso da investigação se tenha examinado o local à procura de restos de projéteis na geografia do lugar (paredes, solo etc.). Deveria haver-se procedido a uma análise dos resíduos de nitrato na roupa do Senhor Ailton Lobato após sua apreensão em 27 de novembro de 1998⁷⁸, com o que se teria podido indicar, mediante análise química, se efetuou algum disparo e outros elementos. Omitiu-se a coleta de todo tipo de evidência de origem química. Ocorrido um delito, costuma ficar no local da ocorrência uma quantidade variável de evidências (manchas de sangue, pêlos, partículas de pólvora etc.) que, analisadas quimicamente, podem conceder valiosas informações para o esclarecimento de um fato delitivo⁷⁹. Nesta situação particular, especialmente se deveria ter indagado sobre resíduos provenientes da deflagração da pólvora.

100. O laudo do exame do cadáver segue um padrão adotado na grande maioria dos estados brasileiros, afetado por influências técnicas negativas, que se baseiam na falta dos materiais mais simples na operação e no fato de não terem sido feitos exames complementares absolutamente necessários, como seria o exame radiográfico. Por outro lado, só um perito médico forense assinou o parecer necroscópico, fato que demonstra a falta de recursos humanos no Instituto Médico

⁷⁸ Auto de prisão, anexo 5 da demanda.

⁷⁹ *Mutatis Mutandi*: Manual das Nações Unidas para uma efetiva prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias. Protocolo Modelo para a investigação de execuções extralegais arbitrárias e sumárias (Protocolo de Minnesota). Princípios para uma efetiva Prevenção e Investigação de Execuções Extralegais, Arbitrárias e Sumárias. Protocolo Modelo para a Investigação Forense de morte suspeita de ter sido causada por violação dos direitos humanos.

Legal, e no mesmo não se incluiu informação necessária sobre trajetória, distância e sentido da projétil que causou a morte ao Senhor Sétimo Garibaldi⁸⁰. Essas omissões não foram corrigidas pelo Estado durante o transcurso da investigação.

101. O início do procedimento empregado no caso sequer aproximou-se do que indica a formalidade requerida para a investigação de execuções extrajudiciais e reproduziu-se ao longo da investigação. Dessa forma, no processo investigativo, com base em uma suposta pobreza e discordância na narração dos fatos pelas testemunhas, não foram levadas em conta as diversas declarações de pessoas que presenciaram os fatos⁸¹. Tudo isso, apesar da notória uniformidade dessas declarações, no tocante ao detalhe com que se descrevem os últimos momentos vividos pelo Senhor Sétimo Garibaldi, narradas pelas pessoas presentes à operação extrajudicial de despejo.

102. A esse respeito, cumpre destacar, por exemplo, o papel passivo do Ministério Público a respeito da investigação relativa ao uso de armas e veículos. No tocante ao uso de veículos, as autoridades dão como um fato a alegação do coproprietário da fazenda, no que diz respeito à venda dos mesmos, sem investigar o uso real desses veículos pelos implicados antes do fato e durante o mesmo – conforme sustentam as testemunhas – nem verificar a veracidade da venda, seu registro em agências públicas ou sua data certa, por exemplo.

103. O papel passivo do Ministério Público foi evidente em todos os aspectos da investigação; a escassa atividade probatória limitou-se a tomar como válida a prova de desobrigação aduzida pelos imputados sem verificá-la plenamente. Além disso, dispondo de informações fornecidas por testemunhas oculares do fato que indicavam os imputados, tinha elementos suficientes para continuar a investigação e eventualmente o processo em um juízo, em vez de arquivá-lo sem acusação alguma e sem qualquer diligência.

104. Para descartar tudo quanto fora exposto nas diversas e coincidentes provas testemunhais⁸², os investigadores valeram-se de uma suposta incongruência nas mesmas que *prima facie* não existe, pois são descritas claramente as circunstâncias da morte do Senhor Sétimo Garibaldi e identificadas duas pessoas como integrantes do grupo armado. Uma verificação adequada dos fatos teria produzido maiores resultados no tocante à investigação penal.

105. Ante o exposto, a Comissão concluiu em seu relatório de mérito e o reitera em sua demanda que os responsáveis pela investigação não a fizeram de maneira diligente, pois houve uma falência patente no tocante ao exame do local, arrecadação de evidências, perícia forense, balística e obrigações de investigação subsequentes. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmou o seguinte:

⁸⁰ CIDH, Relatório N° 23/02, *Caso 11.517., Diniz Bento da Silva*, Brasil, 28 de fevereiro de 2002.

⁸¹ Declarações de testemunhas, anexos 2, 3, 4, 18, 19 e 37 da demanda.

⁸² Declarações de testemunhas, anexos 2, 3, 4, 18, 19 e 37 da demanda.

O decisivo é elucidar se uma determinada violação aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção ocorreu com o apoio ou a tolerância do poder público ou se este atuou de maneira que a transgressão tenha ocorrido na ausência de toda prevenção ou impunemente. Decididamente, trata-se de determinar se a violação dos direitos humanos resulta da inobservância, por parte do Estado, de seus deveres de respeitar e garantir esses direitos, impostos pelo artigo 1(1) da Convenção⁸³.

106. No presente caso, transcorreram nove anos desde que ocorreu o crime, existindo uma total impunidade. O atraso, a negligência e a obstaculização na investigação configuram a dificuldade de que se possa conseguir punição ou ressarcimento, pois a investigação foi arquivada. A Comissão considera que, nesse caso, o sistema tanto investigativo como punitivo penal interno foi ineficaz em razão de negligência ou omissão dos responsáveis.

107. O Estado, em vez de fazer uma investigação séria e exaustiva e envidar todos os esforços possíveis na individualização, no julgamento e na sanção de todos os responsáveis pelo homicídio, limitou-se única e exclusivamente a indagar a participação das duas pessoas identificadas, sem fazer gestões para a determinação de mais participantes ou a busca da verdade real a respeito de todos os coautores no despejo e seus diferentes graus de responsabilidade. Isso impediu que fossem determinados os autores materiais ou intelectuais dos fatos, procedendo-se a seu julgamento e condenação, o que também impediu a procedência da ação civil de reparação para a parte lesionada, em virtude de que, neste tipo de caso, o resultado da ação penal deve ocorrer em primeiro lugar.

108. Em conclusão, depois de nove anos desde o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, persiste a situação de total impunidade de sua morte. A obrigação estatal de investigar e punir as violações aos direitos humanos deve ser cumprida pelos Estados de maneira séria. A esse respeito, a Corte indicou o seguinte:

[em] certas circunstâncias pode ser difícil a investigação de fatos que atentem contra direitos da pessoa. Investigar, tal como prevenir, é uma obrigação de meio ou comportamento que não é descumprida pelo simples fato de que a investigação não produza um resultado satisfatório. No entanto, deve ser feita com gravidade e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa

⁸³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 173.

processual da vítima ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios, sem que a autoridade pública busque efetivamente a verdade. Esta apreciação é válida qualquer seja o agente ao qual possa eventualmente atribuir-se a violação, até mesmo aos particulares, pois, se seus feitos não forem investigados com gravidade, serão, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado⁸⁴.

109. A mencionada obrigação de investigar e punir violações dos direitos protegidos pela Convenção requer que sejam punidos não somente os autores materiais dos fatos violatórios de direitos humanos, mas também os autores intelectuais de tais fatos⁸⁵. Em contraste com essa obrigação, o procedimento policial e judicial adiantado pelas autoridades policiais e judiciais brasileiras sofreu de graves falências investigativas.

110. A Corte reiterou em diversas ocasiões que toda pessoa, inclusive familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos, como parte do direito à proteção e as garantias judiciais, tem o direito à verdade. Em conformidade com as premissas acima enunciadas, os familiares de Sétimo Garibaldi têm direito a que se faça, em relação aos fatos e sujeitos que envolveram sua morte, uma investigação judicial por parte de um tribunal que se encarregue adequadamente de estabelecer a verdade dos fatos, proporcionar justiça e punir os responsáveis. Esta faculdade emana da obrigação do Estado de “investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as punições pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação”⁸⁶.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, Nº 101, parágrafo 273; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003, Série C, Nº 144, parágrafo 186. Por sua vez, a Corte Constitucional Colombiana indicou que “no direito internacional, se considerou insuficiente para a proteção efetiva dos direitos humanos que se conceda às vítimas e prejudicados unicamente a indenização dos prejuízos, porquanto a verdade e a justiça são necessárias para que em uma sociedade não se repitam as situações que geraram violações graves aos direitos humanos e, além disso, porque o reconhecimento da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os seres humanos exige que os recursos judiciais criados pelos Estados se orientem para uma reparação integral às vítimas e prejudicados que inclua uma indenização econômica, bem como o acesso à justiça para conhecer a verdade sobre o ocorrido e para buscar, por vias institucionais, a punição justa dos responsáveis.” Sentença C-228/02, de 3 de abril de 2002.

⁸⁵ A Corte assinalou, por exemplo, que “a Convenção Americana garante a toda pessoa o acesso à justiça para fazer valer seus direitos, cabendo aos Estados-Partes os deveres de prevenir, investigar, identificar e punir os autores intelectuais e encobridores de violações dos direitos humanos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C, Nº 71, parágrafo 123. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, Nº 101, parágrafo 275; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003, Série C, Nº 99, parágrafo 186; *Caso Blake, Reparaciones*, Sentença de 22 de janeiro de 1999, Série C, Nº 48, parágrafo 65.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, parágrafo 174. *Caso Godínez Cruz*, Sentença de 20 de janeiro de 1989, parágrafo 184.

111. Nesse sentido, a Comissão considera que, como os fatos desde 10 de dezembro de 1998 e até esta data estão impunes, sem que os familiares de Sétimo Garibaldi possam conseguir a reabertura do processo de investigação, a configuração da situação leva a determinar a existência no processo de claros elementos de prova indiciária de que a atividade processual investigativa foi ineficaz.

112. Se o aparato do Estado atuar de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça às vítimas, na medida do possível, a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição⁸⁷.

113. Nesse diapasão, não se deve esquecer que a impunidade, segundo o parecer do Relator Especial das Nações Unidas para Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias “continua sendo a causa principal pela qual se perpetuam e *incentivam* as violações dos direitos humanos e, em particular, as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias”⁸⁸.

114. Em conclusão, é obrigação dos Estados de utilizar diligentemente todos os meios a seu dispor para fazer uma investigação séria e eficaz dentro de um prazo razoável que sirva de base para o processamento, esclarecimento dos fatos, julgamento e punição dos autores materiais e intelectuais de toda violação dos direitos protegidos na Convenção Americana. A respeito, a Corte Interamericana indicou que a obrigação de investigar deve ser cumprida:

com seriedade e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios, sem que a autoridade pública busque efetivamente a verdade⁸⁹.

115. Segundo consta dos autos, transcorreram nove anos desde a aceitação de competência da Corte por parte do Estado e, no entanto, o delito investigado continua impune, tendo transcorrido um prazo mais que razoável sem que os órgãos internos do Estado responsáveis pela investigação, julgamento e sanção dos fatos produzam resultados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que o prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção não é um conceito de simples definição e traçou uma série de parâmetros a serem considerados no

⁸⁷ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003, Série C, Nº 144, parágrafo 142.

⁸⁸ Relatório do Relator Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, Senhor Barce Waly Ndiaye, parágrafos 46 e 94 (ênfase acrescentada).

⁸⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso “19 Comerciantes”*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, Nº 109, parágrafo 184; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, Nº 101, parágrafo 273.

momento de avaliar o conceito em referência, em cujo âmbito desenvolve-se o processo, a saber, a complexidade do assunto; a atividade processual do interessado; e a conduta das autoridades judiciais⁹⁰.

116. Nesse sentido, a determinação de em que consiste o termo “em um prazo razoável” deve ser feita levando em consideração as particularidades de cada caso. Desse modo, a Comissão ponderou as provas anexas à petição e as informações adicionais enviadas, em especial desde 10 de dezembro de 1998 até o arquivamento da investigação policial pela Juíza da Comarca de Loanda de 14 de junho de 2004, com o qual ficou vedada a probabilidade de prosseguir com o processo investigativo, uma vez que o impulso da mesma reside exclusivamente na Polícia Civil, por expresso mandato constitucional.

117. Por isso a Comissão considera que, como os fatos continuam impunes, sem ter havido possibilidade de os familiares do Senhor Sétimo Garibaldi conseguirem a reabertura do processo de investigação, a situação configurada leva a determinar que existem no processo claros elementos de prova indiciária de que a atividade processual investigativa foi ineficaz e demorada. Nem as características do fato, a condição pessoal dos implicados no processo, o grau de complexidade da causa ou a atividade processual dos interessados constituem elementos que escusem o atraso injustificado da administração de justiça que teve lugar no caso.

118. A Comissão considera que a demora e a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de evidência essencial, sem a qual os processos judiciais não poderiam prosseguir, em que incorreu o Brasil, caracterizam uma violação aos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1(1) do mesmo instrumento⁹¹. Por conseguinte, levando em conta que, segundo declarou a Corte:

[o] Estado-parte da Convenção Americana tem o dever de investigar as violações dos direitos humanos e sancionar os autores e quem encobrir essas violações. E toda pessoa que se considerar vítima destas ou seus familiares têm direito a ter acesso à justiça para conseguir que se cumpra, em seu benefício e no do conjunto da sociedade, esse dever do Estado⁹².

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo*, Sentença de 29 de janeiro de 1997, parágrafo 77.

⁹¹ A CIDH invoca a respeito a jurisprudência estabelecida pela Corte, por exemplo, no *Caso Villagrán Morales*, no qual se indicou que “o esclarecimento de se o Estado violou ou não suas obrigações internacionais em decorrência das atuações de seus órgãos judiciais pode levar a que o Tribunal [a Corte Interamericana] deva examinar os respectivos processos internos” e que “para tais efeitos, dadas as especificidades do caso e a natureza das infrações alegadas pela Comissão, a Corte [Interamericana] deve fazer um exame do conjunto das atuações judiciais internas para obter uma percepção integral de tais atuações e estabelecer se resulta ou não evidente que essas atuações contravêm os padrões sobre o dever de investigar e o direito a ser ouvido e a um recurso efetivo decorrente dos artigos 1.1, 8º e 25 da Convenção”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, N° 63, parágrafos 222 e 224.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio*. Sentença de 18 de setembro de 2003, Série C, N° 100, parágrafo 110.

119. A Comissão entende ser fundamental que o Estado cumpra seu dever de evitar e combater a impunidade⁹³, porque a revelação pública e completa da verdade é o primeiro requisito da Justiça⁹⁴. Em consequência, solicita à Corte que declare que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos direitos a que se faz referência nesta demanda.

B. Descumprimento dos Artigos 1.1, 2º e 28 da Convenção Americana.

120. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece o seguinte:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição.

121. Por sua vez o artigo 2º indica:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

122. Como indicou a Corte Interamericana:

em conformidade com o artigo 1(1), é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lesione indevidamente um desses direitos, está-se perante uma suposição de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo⁹⁵.

123. A propósito, a Comissão demonstrou que o Estado brasileiro descumpriu seu dever de respeitar os direitos protegidos pelos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, incorrendo ao mesmo tempo no descumprimento de suas obrigações nos termos do artigo 1.1 do tratado, em prejuízo das vítimas.

⁹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002, Série C N° 92, parágrafo 101.

⁹⁴ E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁹⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, N° 4, parágrafo 169.

124. A segunda obrigação prevista no artigo 1.1 é a de garantir o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção. A Comissão considera que o Estado, ao violar em prejuízo das vítimas o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, descumpriu a obrigação de garantir o exercício livre e pleno dos direitos das vítimas.

125. Por outro lado, o artigo 2º da Convenção Americana explicita e desenvolve um âmbito da obrigação geral de respeito e garantia constante de seu artigo 1(1)⁹⁶. Com efeito, o dever de adotar disposições de direito interno exige dos Estados Partes não somente expedir e implementar medidas de caráter legislativo, mas também de todas as medidas necessárias para assegurar o pleno e efetivo gozo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção Americana a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição (*effet utile*)⁹⁷.

126. Concernente ao estipulado no artigo 28 da Convenção, cumpre manifestar que, independentemente da divisão interna de competências, o Brasil deveria adotar medidas adequadas para que o Senhor Sétimo Garibaldi não fosse morto por um grupo armado a serviço de fazendeiros do Estado do Paraná, que tentava praticar um despejo clandestino. Além disso, era imperativo que o Estado proporcionasse aos familiares do Senhor Sétimo Garibaldi uma investigação efetiva dos fatos, com o conseqüente julgamento e sanção dos responsáveis, aos quais deveria seguir uma adequada indenização civil. Por não ter agido desse modo, configurou-se um descumprimento do disposto no artigo 28 da Convenção Americana.

127. Independentemente da divisão interna de competências, o Estado Federal deveria ter tomado medidas eficazes destinadas a evitar a proliferação de grupos armados que executam despejos clandestinos violentos, além de outras medidas que levassem à efetiva investigação, julgamento e sanção dos atos particulares, bem como a uma indenização dos afetados, de modo tal que o sistema de justiça se tornasse eficaz. Unicamente mediante essa maneira de agir o Estado teria dado cabal cumprimento ao dever de adotar as medidas internas destinadas a tornar efetivos as liberdades e direitos reconhecidos pela Convenção Americana.

128. O Estado do Paraná, conforme se salientou acima, vive um grave problema relacionado com a ocupação da terra por grupos de trabalhadores rurais que dela carecem. Com relação a esse assunto, vem praticando uma série de políticas que, no parecer desta Comissão, violam as garantias consagradas na Convenção Americana, levando à proliferação de grupos armados que praticam despejos violentos, lesando direitos da mesma natureza, que provocam, por conseguinte, situações como a que nos cabe avaliar.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-7/86, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta*, 29 de agosto de 1986, Opinião Separada do Juiz Gros Espiell, parágrafo 6; *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones*, sentença de 29 de janeiro de 1997, voto dissidente do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 9.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio*, sentença de 18 de setembro de 2003, parágrafo 140; *Caso Cinco Pensionistas*, sentença de 28 de fevereiro de 2003, parágrafo 164; *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, sentença de 2 de setembro de 2004, parágrafo 205-206; *Caso Gómez Palomino*, sentença de 22 de novembro de 2005, parágrafo 91.

129. A forma de governo federal visa a conferir maior autonomia e ampla margem de gestão aos governos que constituem a União, conservando o Governo Federal algumas funções básicas, a fim de que cada Estado possa, fundamentado em suas características particulares, adotar as medidas que considere mais idôneas, de acordo com suas necessidades. Desse modo, uma das características essenciais do federalismo é a diversidade de respostas, dependendo do lugar onde ocorra a situação, bem como uma grande variedade de legislações⁹⁸. De acordo com o artigo 23, I, da Constituição Federal, compete conjuntamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios zelar pela guarda da Constituição e das leis. Assim, esses componentes deveriam ter atuado concatenadamente, com o fim de garantir a investigação dos fatos, a instrução da ação penal e o julgamento da questão. Como os mecanismos mostraram-se inoperantes, o Estado Federal não pode alegar em nenhum caso sua falta de responsabilidade em relação à questão.

130. A vinculação das entidades federativas num Estado federal aos direitos humanos de fonte internacional apóia-se, do ponto de vista jurídico-internacional, no disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigos 27⁹⁹ e 29¹⁰⁰) e nas denominadas cláusulas federais. Nessa teleologia, a Convenção Americana em seu artigo 28 consagra a chamada cláusula federal, da qual decorre a obrigação do Governo Federal de tomar as medidas pertinentes a fim de que as autoridades competentes dos estados da Federação, ou União, como se denomina no caso do Brasil, possam adotar as disposições para o cumprimento do referido tratado internacional.

131. A fim de determinar as obrigações que se originam na Convenção Americana para os Estados com estrutura federal, é fundamental interpretar o artigo 28 em conexão com o artigo 1.1.¹⁰¹ Assim, o artigo 1.1 dispõe para os Estados, independentemente da estrutura que adotem, o dever genérico de respeito e garantia dos direitos estabelecidos no Tratado. A cláusula federal precisa o alcance das obrigações gerais, mas não as limita.

132. Esta Comissão mantém a convicção de que, à luz do Direito Internacional, é indiferente toda referência ao ordenamento jurídico interno dos Estados com vistas a justificar a inobservância das obrigações que tenham contraído.¹⁰² Por esse motivo, qualquer argumento a que possa recorrer o Estado, com a finalidade de abordar assuntos de natureza doméstica, com vistas a esquivar-se das obrigações internacionais assumidas, mediante a conjugação dos artigos 1.1 e 28 da Convenção Americana, acha-se de pronto descartado.¹⁰³

⁹⁸ *Anuário Mexicano de Direito Internacional*. México, Instituto de Pesquisas Jurídicas da UNAM, vol. 6, 2006, p. 223.

⁹⁹ Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "O direito interno e a observância dos tratados. Uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado. Essa norma se entenderá sem prejuízo do disposto no artigo 46".

¹⁰⁰ Artigo 29 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "Âmbito territorial dos tratados. Um tratado será obrigatório para cada uma das partes, no que diz respeito à totalidade do seu território, salvo quando uma intenção diferente dele decorra ou conste de outro modo".

¹⁰¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*, par. 164-167.

¹⁰² Convenção de Viena, artigo 27.

¹⁰³ Sobre esse tema, ver CIDH, *Caso 10.180*, México, Relatório nº 8/91, 22 de fevereiro de 1991. "O Governo

133. Nesse sentido, a finalidade de salvaguarda dos direitos humanos imposta pela Convenção Americana em geral e pelas disposições mencionadas em particular prescindem de qualquer referência à distribuição interna de competências ou organização das entidades componentes de uma federação.¹⁰⁴

134. Essa proposição é plenamente aplicável ao artigo 28 da Convenção Americana, cujo sentido coerente recomenda aos Estados federais o cumprimento das obrigações internacionais em todo o seu território. A esse respeito, não se pode esquecer que os estados da Federação, enquanto parte do Estado, encontram-se igualmente vinculados pelo disposto nos tratados internacionais ratificados pelo Governo Federal.

135. O Estado Federal deveria ter levado em conta que as “medidas pertinentes” de que trata o artigo 28 da Convenção Americana devem gerar resultados coerentes com o pleno cumprimento das obrigações pelo Estado Parte.

136. Ante o exposto, a Comissão solicita à Corte que declare o descumprimento, por parte da República Federativa do Brasil, das normas convencionais referidas.

VIII. REPARAÇÕES E CUSTAS

137. Perante os fatos alegados na presente demanda e a jurisprudência constante da Corte Interamericana, segundo a qual “é um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha causado um dano gera uma obrigação de proporcionar uma reparação adequada desse dano”¹⁰⁵, a Comissão apresenta à Corte suas pretensões sobre as reparações e custas que o Estado brasileiro deve conceder como consequência de sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos cometidas em prejuízo das vítimas.

138. Levando em conta o Regulamento da Corte, que concede representação autônoma ao indivíduo, a Comissão simplesmente esboçará em seguida os critérios gerais relacionados com as reparações e custas que, a seu ver, a Corte deveria aplicar no presente caso. A Comissão entende que compete às vítimas e a seus representantes substanciar suas reivindicações, em conformidade com o artigo 63 da Convenção Americana e artigo 23 e outros do Regulamento da Corte.

do México afirma que o Governo Nacional não está obrigado, em virtude da salvaguarda constante do artigo 28 do Pacto de San José, a tomar medida alguma para que as autoridades competentes do Estado de Nuevo León adotem ou modifiquem, em um sentido ou em outro, a legislação que desejem e que constitui seu regime interior (...). A posição do Governo do México é, de todo modo, incoerente com a responsabilidade assumida pelo Estado mexicano ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, par. 40-42.

¹⁰⁴ A esse respeito, ver *Godfried and Ingrid Pohl v. Austria, Communication nº 1160/2003, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1160/2003 (2004)*, par. 9.2.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantoral Huamaní e García Santacruz*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, parágrafo 156; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez e otros*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, Nº 166, parágrafo 103; e Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Escué Zapata*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, Nº 165, parágrafo 126.

A. Obrigação de Reparar

139. Uma função essencial da justiça é remediar o dano causado à vítima. Essa função deve expressar-se por meio de uma retificação ou restituição e não unicamente por meio de uma compensação, a qual não restabelece o balanço moral nem devolve o que foi tomado.

140. O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

141. Tal como indicou a Corte em sua jurisprudência constante, “o artigo 63.1 da Convenção Americana acolhe uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Dessa maneira, ao produzir-se um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação de uma norma internacional, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação”¹⁰⁶.

142. As reparações são cruciais para garantir que se faça justiça em um caso individual e constituem o mecanismo que eleva a decisão da Corte além do âmbito da condenação moral. As reparações consistem nas medidas que tendem a fazer desaparecer o efeito das violações cometidas. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), a qual consiste no restabelecimento da situação anterior à violação.

143. A obrigação de reparar, regulada em todos os aspectos pelo direito internacional (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários), não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, invocando para isso disposições de seu direito interno¹⁰⁷, pois “onde há violação sem punição ou

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 200; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, parágrafo 416; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trajadores Cesados del Congreso (Águado Alfaro e otros)*. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, Nº 158, parágrafo 144.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 200; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C,

dano sem reparação, o direito entra em crise, não somente como instrumento para resolver certo litígio, mas também como método para resolver todos os litígios, ou seja, para assegurar a paz com justiça¹⁰⁸.

144. No presente caso, a Comissão Interamericana demonstrou que o Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação, em prejuízo de Iracema Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi, dos direitos consagrados nos artigos 8º e 25 e das obrigações estabelecidas nos artigos 1.1, 2º e 28 da Convenção Americana.

B. Medidas de Reparação

145. O Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito de Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações dos Direitos Humanos e Garantias Fundamentais classificou os componentes desse direito em quatro categorias gerais: restituição, compensação, reabilitação e medidas de satisfação e garantias de não repetição¹⁰⁹. No parecer do Relator Especial das Nações Unidas Sobre a Questão da Impunidade dos Perpetradores de Violações aos Direitos Humanos essas medidas compreendem o seguinte: cessação das violações existentes; verificação dos fatos; divulgação pública e ampla da verdade do ocorrido; declaração oficial ou decisão judicial restabelecendo a dignidade, reputação e direitos das vítimas e das pessoas a ela vinculadas; desculpa que inclua o reconhecimento público dos fatos e a aceitação da responsabilidade; aplicação de punições judiciais ou administrativas aos responsáveis pelas violações; prevenção de novas violações etc.

146. Por sua vez, a Corte indicou que as medidas de reparação tendem a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas¹¹⁰. Essas medidas compreendem as diferentes formas em que um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional em que incorreu, as quais, em conformidade com o direito internacional, consistem em medidas de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e medidas de não repetição¹¹¹.

Nº 160, parágrafo 415; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trajadores Cesados del Congreso (Águado Alfaro e otros)*. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, Nº 158, parágrafo 143.

¹⁰⁸ Sergio García Ramírez, *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, trabalho apresentado no Seminário *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, São José, Costa Rica, novembro de 1999.

¹⁰⁹ *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación*, documento preparado pelo Dr. Theodore Van Boven em conformidade com a resolução 1995/117 da Subcomissão de Direitos Humanos. E/CN.4/ sub.2/1997/17.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 202; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, parágrafo 416; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trajadores Cesados del Congreso (Águado Alfaro e otros)*. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, Nº 158, parágrafo 144.

¹¹¹ Ver Nações Unidas, Relatório definitivo apresentado por Theo Van Boven, Relator Especial para a Restituição, Compensação e Reabilitação das Vítimas de Graves Violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário, E/CN.4/Sub2/1990/10, 26 julho de 1990. Ver também: Corte Interamericana de

147. Além disso, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas determinou o seguinte:

Em conformidade com o direito internacional, os Estados têm o dever de adotar, quando a situação o exigir, medidas especiais para permitir a concessão de uma reparação rápida e plenamente eficaz. A reparação deverá obter soluções de justiça, eliminando ou reparando as consequências do prejuízo sofrido, bem como evitar que se cometam novas violações por meio da prevenção e da dissuasão. A reparação deverá ser proporcional à gravidade das violações e do prejuízo sofrido e incluirá a restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição¹¹².

148. À luz dos critérios estabelecidos pela jurisprudência interamericana e universal, a Comissão apresenta suas conclusões e pretensões a respeito das medidas de reparação relativas aos danos materiais e imateriais e a outras formas de reparação e satisfação pertinentes no caso das vítimas.

b.1. Medidas de Compensação

149. A Corte estabeleceu os critérios essenciais que devem orientar uma justa indenização destinada a compensar economicamente, de uma maneira adequada e efetiva, os danos sofridos em consequência de violações dos direitos humanos. Além disso, a Corte estabeleceu que a indenização tem caráter meramente compensatório e que a mesma será concedida na extensão e medida suficientes para ressarcir tanto os danos materiais como imateriais causados¹¹³.

b.1.1. Danos Materiais

150. Em sua jurisprudência sobre reparações, a Corte foi coerente ao estabelecer que os danos materiais incluem o dano emergente e o lucro cessante, bem como o dano imaterial ou moral para as vítimas¹¹⁴.

Direitos Humanos, *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 22 de janeiro de 1999. Série C, Nº 48, parágrafo 31; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 20 de janeiro de 1999. Série C, Nº 44, párr. 41.

¹¹² Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias, E/CN.4/Sub.2/1996/17, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación*, preparada pelo Senhor Theo Van Boven, em conformidade com a decisão 1995/117 da Subcomissão, 24 de maio de 1996, parágrafo 7.

¹¹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 210; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin e otros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, Nº 94, parágrafo 204; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de agosto de 1998, Série C, Nº 39, parágrafo 41.

¹¹⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y*

151. O dano emergente foi entendido como a consequência patrimonial direta e imediata dos fatos. Nesse conceito, considera-se o efeito patrimonial decorrente imediata e diretamente dos fatos¹¹⁵.

152. Como a Corte poderá estabelecer com base no acervo probatório do caso, as vítimas realizaram esforços econômicos com a finalidade de conseguir justiça no nível doméstico e superar as consequências morais que as ações do Estado brasileiro lhes ocasionaram.

153. Por outro lado, entende-se o lucro cessante como a perda de rendas econômicas ou benefícios que deixaram de ser obtidos em consequência de um fato determinado e possível de ser quantificado com base em certos indicadores mensuráveis e objetivos¹¹⁶.

154. Sem prejuízo das pretensões que os representantes das vítimas apresentem no momento processual oportuno, a CIDH solicita à Corte que fixe em equidade o montante da indenização correspondente ao dano emergente e ao lucro cessante, no uso de suas amplas faculdades nesta matéria.

b.1.2. Danos Imateriais

155. No presente caso, as vítimas padeceram sofrimento psicológico, angústia, incerteza e alteração de vida em virtude da negação de justiça pelo homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi. Os danos em prejuízo das vítimas justificam que a Comissão solicite à Corte, considerando a natureza do caso, que fixe em equidade o montante da compensação a título de danos imateriais.

b.2. Medidas de Satisfação e Garantias de Não Repetição

156. A satisfação foi entendida como toda medida que o autor de uma violação deve adotar em conformidade com os instrumentos internacionais ou direito consuetudinário, cujo objetivo seja reconhecer o cometimento de um ato ilícito¹¹⁷. A satisfação ocorrerá quando forem realizados três atos, geralmente de forma cumulativa: desculpas ou qualquer outro gesto que demonstre o reconhecimento da autoria do ato em questão; julgamento e castigo dos indivíduos responsáveis; e tomada de medidas para evitar que se repita o dano¹¹⁸.

costas. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 213 e 214; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, parágrafo 423; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C, Nº 114.

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta*. *Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 215; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. *Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Derechos Humanos). Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, Nº 42, parágrafo 147; e Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe e otros*. *Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Derechos Humanos). Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C, Nº 15, parágrafo 50.

¹¹⁶ Ver por exemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Carpio Nicolle e otros*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C, Nº 117, parágrafo 105 e seguintes; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de La Cruz Flores*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C, Nº 115, parágrafo 151 e 152.

¹¹⁷ BROWNLIE, Ian. *State Responsibility*, Parte 1. Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 208.

¹¹⁸ *Idem*.

157. Em 29 de novembro de 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou por consenso a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder¹¹⁹, segundo a qual as vítimas “terão direito ao acesso aos mecanismos da justiça e a uma pronta reparação do dano que tenham sofrido” e, para isso, é necessário que se permita “que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas em etapas apropriadas das atuações, sempre que estiverem em jogo seus interesses, sem prejuízo do acusado e de acordo com o sistema nacional de justiça penal respectivo”.

158. A CIDH exporá a seguir sua posição a respeito das medidas de satisfação e garantias de não-repetição, requeridas no presente caso.

159. Em primeiro lugar, enquanto não for concluída uma investigação imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer as responsabilidades a respeito do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi e do impedimento na busca de justiça, existe uma violação permanente do direito de acesso à justiça eficiente e eficaz.

160. Em conformidade com a jurisprudência da Corte, uma reparação integral exige que o Estado investigue com devida diligência os fatos, a fim de julgar e punir os responsáveis por eles. As vítimas deverão ter pleno acesso e capacidade de atuar em todas as etapas e instâncias dessas investigações, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Além disso, o Estado deverá assegurar o cumprimento efetivo da decisão que adotarem os tribunais internos, em acatamento dessa obrigação. O resultado do processo deverá ser publicamente divulgado para que a sociedade brasileira conheça a verdade¹²⁰.

161. Em segundo lugar, a natureza dos fatos deste caso exige que o Estado adote outras medidas destinadas à satisfação das vítimas e da sociedade em seu conjunto. Dessa forma, a Comissão solicita à Corte que disponha, entre outros, o seguinte:

¹¹⁹ A/RES/40/34, *Acesso à justiça e tratamento justo*. “4. As vítimas serão tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade. Terão direito ao acesso aos mecanismos da justiça e a uma pronta reparação do dano que tenham sofrido, segundo o disposto na legislação nacional. 5. Serão estabelecidos e reforçados, quando necessário, mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas obter reparação mediante procedimentos oficiais ou extraoficiais que sejam expeditos, justos, pouco custosos e acessíveis. As vítimas serão informadas a respeito de seus direitos para obter reparação mediante esses mecanismos. 6. Será facilitada a adequação dos procedimentos judiciais e administrativos às necessidades das vítimas: a) informando as vítimas sobre seu papel e alcance, desenvolvimento cronológico e marcha das atuações, bem como decisão de suas causas, especialmente quando se tratar de delitos graves e quando tiverem solicitado essa informações; b) permitindo que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas em etapas apropriadas das atuações sempre que estiverem em jogo seus interesses, sem prejuízo do acusado e de acordo com o sistema nacional de justiça penal correspondente; c) prestando assistência apropriada às vítimas durante todo o processo judicial; d) adotando medidas para minimizar os incômodos causados às vítimas, proteger sua intimidade, se caso necessário, bem como garantir sua segurança e a de seus familiares e testemunhas em seu favor contra todo ato de intimidação e represália; e e) evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução dos mandatos ou decretos que concedam indenizações às vítimas.

¹²⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Cantoral Humañani y García Santacruz*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, parágrafo 191; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Escué Zapata*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, Nº 165, parágrafo 166; Corte Interamericana de Direitos Humanos *Caso Huilca Tecse*. Sentença de 3 de março de 2005. Série C, Nº 121, parágrafo 107; Corte Interamericana de Direitos Humanos *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C, Nº 120, parágrafo 175.

- Publicação, em mídia de circulação nacional, da sentença que eventualmente pronuncie o Tribunal; e
- Fazer um reconhecimento público da responsabilidade estatal pelo dano causado e pelas violações ocorridas.

162. Por último, a Comissão considera que o Estado está obrigado a prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos como as que agora nos ocupam. Por conseguinte, solicita à Corte que ordene o Estado brasileiro a adotar, de forma prioritária, as seguintes medidas:

- Adoção e implementação de medidas necessárias para uma efetiva implementação da disposição constante do artigo 10 do Código Processual Penal Brasileiro, referente a toda investigação policial, bem como para o julgamento dos fatos puníveis que tenham ocorrido em relação a despejos forçados em assentamentos de trabalhadores sem terra, com consequências de morte, de maneira a ajustarem-se aos parâmetros impostos pelo Sistema Interamericano.
- Adoção e implementação das medidas necessárias para que sejam observados os direitos humanos nas políticas governamentais que tratam sobre o assunto da ocupação de terras, levando em consideração a obrigação que o artigo 28, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, lhe impõe, de acordo com o que determina a Cláusula Federal.
- Adoção e implementação de medidas adequadas dirigidas aos funcionários de justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que levem a cabo despejos arbitrários e violentos.

C. Os Beneficiários

163. O artigo 63.1 da Convenção Americana exige a reparação das consequências de uma violação e “o pagamento de uma justa indenização à parte lesada”. As pessoas com direito a essa indenização são geralmente as diretamente lesadas pelos fatos da violação em questão.

164. Dado à natureza deste caso, os beneficiários das reparações que a Corte ordenar como consequência das violações aos direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro são: Iracema Garibaldi (viúva do Senhor Sétimo Garibaldi); Vanderlei Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi (filhos do Senhor Sétimo Garibaldi).

D. Custas e Gastos

165. Em conformidade com a jurisprudência constante da Corte, as custas e os gastos devem ser considerados como incluídos no conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana, posto que a atividade exercida pela parte lesada, seus legítimos sucessores ou seus representantes para ter acesso à justiça internacional implicam gastos e compromissos de caráter econômico que devem ser compensados¹²¹. Além disso, o Tribunal considerou que as custas a que se refere o artigo 55.1.h do Regulamento da Corte incluem as despesas necessárias e razoáveis para ter acesso aos órgãos de supervisão da Convenção Americana, figurando entre as gastos os honorários de quem presta assistência jurídica.

166. A propósito, a Comissão solicita à Corte que, uma vez ouvidos os representantes das vítimas, ordene ao Estado brasileiro o pagamento das custas e gastos razoáveis e necessários, devidamente comprovados, que se tenham originado e venham a originar-se da tramitação deste caso, tanto no âmbito interno como junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

IX. CONCLUSÃO

167. Com base nas considerações de fato e de direito acima expostas, a Comissão Interamericana conclui que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana no tocante às obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, bem como o dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno estabelecido no artigo 2º do tratado, em consideração também das diretivas decorrentes da cláusula federal constante do artigo 28 do tratado, em prejuízo das vítimas.

X. PETITÓRIO

168. Com fundamento nos argumentos de fato e de direito expostos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicita à Corte que conclua e declare o seguinte:

A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana, com relação às obrigações

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentença de 29 de novembro de 2006 Série C, Nº 162, parágrafo 243; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, parágrafo 455; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Águado Alfaro e otros)*. *Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, Nº 158, parágrafo 152.

gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, bem como o dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno estabelecido no artigo 2º do tratado, em consideração também das diretivas emergentes da cláusula federal constante do artigo 28 do tratado, em prejuízo das vítimas.

169. Ante o exposto, a Comissão Interamericana solicita à Corte que ordene ao Estado:

a) Realizar uma investigação completa, imparcial e eficaz da situação, com o objetivo de estabelecer a responsabilidade no tocante aos fatos relacionados com o assassinio de Sétimo Garibaldi, punir os responsáveis e determinar os impedimentos que vedaram proceder tanto a uma investigação como a um julgamento efetivos;

b) Adotar e implementar as medidas necessárias para uma implementação efetiva da disposição constante do artigo 10 do Código Processual Penal Brasileiro referente a toda investigação policial, bem como o julgamento dos fatos puníveis que tenham ocorrido com relação a despejos forçados em assentamentos de trabalhadores sem terra com consequências de morte, de maneira a ajustarem-se aos parâmetros impostos pelo Sistema Interamericano;

c) Adotar e implementar as medidas necessárias para que sejam observados os direitos humanos nas políticas governamentais que tratam sobre o assunto da ocupação de terras, levando em consideração a obrigação que o artigo 28, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, lhe impõe, de acordo com o que determina a Cláusula Federal;

d) Adotar e implementar medidas adequadas dirigidas aos funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que façam despejos arbitrários e violentos;

e) Reparar plenamente os familiares de Sétimo Garibaldi, incluindo tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no presente caso; e

f) Pagar as custas e gastos processuais incorridos na tramitação do caso tanto no nível nacional como os oriundos da tramitação deste caso no âmbito do Sistema Interamericano.

XI. APOIO PROBATÓRIO

A. Prova Documental

170. Apresenta-se, a seguir, uma relação da prova documental disponível no momento:

APÊNDICE 1. CIDH, Relatório N° 13/07 (admissibilidade e mérito), 12.478, *Sétimo Garibaldi*, Brasil, 27 de março de 2007;

APÊNDICE 2. Expediente da tramitação do caso N° 12.478 perante a CIDH;

ANEXO 1. Tabela elaborada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), do Estado do Paraná, apresentando dados estatísticos sobre a violência cometida contra membros do Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) de 1980 a 2002;

ANEXO 2. Declaração da testemunha Atilio Martins Mieiro sobre o despejo das famílias e o assassinato do Senhor Sétimo Garibaldi, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998.

ANEXO 3. Declaração da testemunha Carlos Valter da Silva sobre o despejo das famílias e o assassinato do Senhor Sétimo Garibaldi, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998.

ANEXO 4. Declaração da testemunha Nelson Rodrigues dos Santos sobre o despejo das famílias e o assassinato do Senhor Sétimo Garibaldi na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998.

ANEXO 5. Auto de prisão N° 49/98, expedido pela Delegacia de Polícia de Querência do Norte em 27 de novembro de 1998, referente ao indiciado Ailton Lobato, capataz que teria participado do despejo na Fazenda São Francisco. Este documento também contém as declarações de Ademar Bento Mariano e Fábio de Oliveira, os dois policiais militares que fizeram as primeiras diligências, inclusive a detenção do investigado.

ANEXO 6. Auto de Exibição e Apreensão, expedido pela Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998, sobre o revólver calibre 38 e balas encontradas em poder do indiciado Ailton Lobato por ocasião de sua detenção em flagrante.

ANEXO 7. Solicitação de Exame de Perícia no revólver calibre 38 e nas cápsulas encontradas em poder do indiciado Ailton Lobato, elaborada pela Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998;

ANEXO 8. Ofício da Delegacia de Polícia de Querência do Norte, de 27 de novembro de 1998, à Juíza da Comarca de Loanda, Elizabeth Kather, informando sobre a detenção de Ailton Lobato.

ANEXO 9. Registro de Ocorrência na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 27 de novembro de 1998, solicitado por Vanderlei Garibaldi, filho do Senhor Sétimo Garibaldi.

ANEXO 10. Auto de Levantamento do Local do Crime, elaborado em 27 de novembro de 1998 pela Delegacia de Polícia de Querência do Norte.

ANEXO 11. Exame de Necropsia Nº 567/98 feito no cadáver do Senhor Sétimo Garibalbi, em 27 de novembro de 1998;

ANEXO 12. Consulta de identificação de veículo por meio do Sistema Integrado da Polícia Civil, em 27 de novembro de 1998, sobre o caminhão reconhecido pelas testemunhas durante a operação de despejo. A pesquisa constatou que esse veículo pertencia à companhia Favoretto Colheitas Agrícolas S/C.

ANEXO 13. Contrato de constituição da companhia Favoretto Colheitas Agrícolas S/C, indicando o indiciado Morival Favoretto, latifundiário que teria comandado a ação de despejo, como parte desta sociedade.

ANEXO 14. Exame de Arma de Fogo Nº 9433, de 29 de novembro de 1998, referente ao revólver calibre 38 encontrado em poder do indiciado Ailton Lobato. A perícia não pôde determinar o tempo transcorrido desde a última vez que a arma foi utilizada.

ANEXO 15. Nota publicada no jornal “O Estado do Paraná”, em 29 de novembro de 1998, sobre a morte do Senhor Sétimo Garibalbi.

ANEXO 16. Atestado de Óbito do Senhor Sétimo Garibalbi de 30 de novembro de 1998.

ANEXO 17. Pesquisa de identificação de arma por meio do Sistema Integrado da Polícia Civil sobre o revólver apreendido em poder do indiciado Ailton Lobato.

ANEXO 18. Declaração da testemunha Edvaldo Rodrigues Francisco sobre o despejo das famílias e o assassinato do Senhor Sétimo Garibalbi, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 02 de dezembro de 1998.

ANEXO 19. Declaração da testemunha Teotônio Luís dois Santos sobre o despejo das famílias, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 02 de dezembro de 1998;

ANEXO 20. Auto de Exibição e Apreensão expedido pela Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 02 de dezembro de 1998, confirmando o recebimento de duas cápsulas calibre 38 disparadas; uma bala de calibre 12 intata; e uma bala calibre 44 intata, encontradas na Fazenda São Francisco e entregues à polícia pela testemunha Edvaldo Rodrigues Francisco.

ANEXO 21. Declaração de José Aparecido de Paula, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 03 de dezembro de 1998, sobre a conversa com o indiciado Ailton Lobato ocorrida dias antes do assassinato do Senhor Sétimo Garibalbi, na qual o capataz afirma o plano de despejo das famílias.

ANEXO 22. Pedido de Prisão Temporária do indiciado Morival Favoretto pelo Delegado de Polícia de Querência do Norte, em 03 de dezembro de 1998.

ANEXO 23. Informação acrescentada aos autos da investigação policial IP Nº 178/98 pelo escrivão de polícia César Napoleão Casimir Ribeiro, em 17 de dezembro

de 1998, sobre sua conduta durante a prisão em flagrante do indiciado Ailton Lobato, sobretudo relatando que disparou tiros com a arma do investigado.

ANEXO 24. Primeira declaração do indiciado Morival Favoretto, na Delegacia de Polícia de Loanda, em 09 de março de 1999, na qual aduz, *inter alia*, que na data dos fatos estava na cidade de São Bernardo do Campo, acompanhando seu irmão em uma consulta médica.

ANEXO 25. Recibo de pagamento de consulta médica em nome de Morival Favoretto, referente à consulta médica de seu irmão Darci Favoretto, em 25 de novembro de 1998.

ANEXO 26. Segunda declaração de Morival Favoretto na Delegacia de Polícia de Sertanópolis, em 24 de março de 2000, na qual reitera a versão de que não estava na região onde ocorreram os fatos na data do homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi; afirma, a respeito dos veículos identificados pelos trabalhadores, que um deles foi vendido e o outro não estava na região onde ocorreram os fatos no dia do crime.

ANEXO 27. Declaração de Eduardo Minutoli, na Delegacia de Polícia de São Bernardo do Campo, em 28 de setembro de 2000. O declarante é primo de Morival Favoretto e o teria hospedado em sua residência por ocasião da consulta médica de Darci Favoretto, em São Bernardo do Campo.

ANEXO 28. Declaração de Flair José Carrilho, na 3ª Delegacia de Investigações Interestaduais, em São Paulo, em 25 de julho de 2002, na qual afirma ser médico de Darci Favoretto, bem como que o recibo apresentado por Morival Favoretto é autêntico.

ANEXO 29. Listagem de firmas dos membros da comunidade do Assentamento Luiz Carlos Prestes, do Município de Querência do Norte, em 27 de agosto de 2001, solicitando o imediato assentamento da Senhora Iracema Garibaldi, viúva do Senhor Sétimo Garibaldi.

ANEXO 30. Nota do jornal “Gazeta do Povo”, intitulada “Proprietários de fazenda criam o Primeiro Comando Rural para impedir invasões”, publicada em 10 de março de 2003, sobre grupos de homens armados contratados por latifundiários para combater os trabalhadores sem terra.

ANEXO 31. Nota do jornal “A Folha de São Paulo”, intitulada “Comando ruralista se arma e pressiona Lula contra o MST”, publicada em 16 de março de 2003.

ANEXO 32. Matéria da revista “Veja”, intitulada “A guerra aqui é de outro tipo”, publicada em 26 de março de 2003, sobre a formação de milícias privadas por latifundiários para combater o MST.

ANEXO 33. Parecer do Ministério Público em favor do arquivamento da investigação em 12 de maio de 2004, em virtude da falta de provas.

ANEXO 34. Decisão da Juíza Elizabeth Khater, em 18 de maio de 2004, determinando o arquivamento da investigação pela morte do Senhor Sétimo Garibaldi.

ANEXO 35. Extrato de tramitação processual e cópia da decisão sobre o “Mandado de Segurança” impetrado pela Senhora Iracema Garibaldi, viúva do Senhor Sétimo Garibaldi, em 16 de setembro de 2004, para reabrir a investigação policial pela morte do Senhor Sétimo Garibaldi. Em 17 de setembro de 2004, o Tribunal de Justiça negou esse recurso.

ANEXO 36. Tabela sobre os índices de conflitos e violência no campo de 1996 a 2005. Solicitação de interceptação telefônica de 03 de maio de 1999.

ANEXO 37. Declaração da testemunha Francisco Carlos de Aguiar sobre o despejo das famílias, na Delegacia de Polícia de Querência do Norte, em 02 de dezembro de 1998.

ANEXO 38. Relatório do Ministério do Desenvolvimento Agrário, intitulado “Relação das solicitações da ‘Ouvidoria Agrária Nacional’ – Central Chame Terra e Paz (0800) no período de 01/11/2001 a 31/05/2006”.

ANEXO 39. Portaria dos Ministérios da Justiça, Desenvolvimento Agrário e Meio Ambiente e Secretaria Especial dos Direitos da Presidência da República sobre a criação da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo (CNVC), em 14 de julho de 2006.

ANEXO 40. Dois gráficos sobre assassinatos decorrentes da violência no campo, um do período de janeiro a dezembro de 2001 a 2005 e o outro do período de 1984 a 2006.

ANEXO 41. Tabela 1 – Comparação dos conflitos no campo (1997-2006).

ANEXO 42. Síntese das Ocorrências dos Conflitos por Terra (2006).

ANEXO 43. Tabela 13 – Violência contra a pessoa.

ANEXO 44. Tabela 3 – Violência contra a ocupação e posse.

ANEXO 45. Parecer do Ministério Público (Promotoria da Comarca de Loanda), de 09 de dezembro de 1998, solicitando diligências ao Delegado de Polícia de Querência do Norte a respeito do IP Nº 178/98 sobre o assassinato do Senhor Sétimo Garibaldi e manifestando-se favorável ao pedido de prisão temporária de Morival Favoretto, e decisão da juíza da Comarca de Loanda, de 14 de dezembro de 1998, que denegou o pedido de prisão temporária.

ANEXO 46. Currículo do Dr. Salo de Carvalho, perito oferecido pela Comissão Interamericana, e procurações dos familiares de Sétimo Garibaldi.

171. A Comissão solicita à Corte que haja por bem requerer ao ilustre Estado do Brasil o envio de cópias certificadas de todos os documentos relacionados com as investigações feitas no âmbito da jurisdição interna com relação aos fatos, bem como cópia autenticada da legislação e disposições regulamentares aplicáveis.

B. Prova Testemunhal

172. A Comissão solicita à Corte que receba a declaração das seguintes testemunhas:

- Vanderlei Garibaldi – filho do Senhor Sétimo Garibaldi, que apresentou a denúncia pela morte de seu pai e declarará sobre a impunidade que caracteriza o caso e os efeitos da falta de justiça, bem como os obstáculos para obtê-la para ele e sua família, entre outros aspectos relativos ao objeto e fim desta demanda.
- Iracema Garibaldi, viúva do Senhor Garibaldi, que tentou que o caso não ficasse impune e declarará sobre a investigação do caso, obstáculos, resultado da impunidade e consequências pessoais da impunidade para ela e os filhos do Senhor Sétimo Garibaldi, entre outros aspectos relativos ao objeto e fim desta demanda.

C. Prova Pericial

173. A Comissão solicita à Corte que receba o parecer do seguinte perito:

- Salo de Carvalho, Doutor em Direito, que analisará perante a Corte os aspectos técnicos da investigação penal pela morte do Senhor Sétimo Garibaldi e a impunidade relativa a procedimentos judiciais relacionados ao assassinato de trabalhadores rurais no Brasil no contexto do conflito agrário, entre outros aspectos relativos ao objeto e fim desta demanda.

XII. DADOS DOS DENUNCIANTES ORIGINAIS E DAS VÍTIMAS

174. Em conformidade com o disposto no artigo 33 do Regulamento da Corte, a Comissão Interamericana apresenta a seguinte informação: a denúncia original foi apresentada pelo Centro de Justiça Global (CJG), pela Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP) e pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

175. As vítimas Iracema Cioato Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Itamar Garibaldi e Itacir Garibaldi autorizaram o pessoal da organização Centro de Justiça Global a representá-los na etapa judicial da tramitação junto ao sistema. Os representantes das vítimas fixaram seu domicílio unificado nos escritórios da organização Centro de Justiça Global, situados na Av. Beira Mar, 406/1207, Rio de Janeiro, RJ-20021-900, Brasil, telefone (55-21) 25442320, fax (55-21) 25248435.

Washington, D.C.

24 de dezembro de 2007.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário



Dia Nacional do Ministério Público é Celebrado com Homenagens



Em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no auditório do edifício-sede, no dia 11/12, foi comemorado o Dia Nacional do Ministério Público, com homenagens a membros e servidores da Instituição que se destacaram em suas funções e a personalidades públicas, cujos trabalhos têm sido de grande relevância social.

A solenidade teve início com a execução do Hino Nacional Brasileiro pela banda da Polícia Militar. Após a abertura da sessão solene pelo Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, os agraciados foram chamados para receber as honrarias.

O Colar do Mérito do Ministério Público, maior honraria conferida pela Instituição, foi concedido ao conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, Orlando Rochadel Moreira; ao deputado estadual, Luiz Paulo Corrêa da Rocha; ao presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Rio de Janeiro, Felipe Santa Cruz; ao desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Nogueira de Azeredo; e aos Promotores de Justiça, Dimitrius Viveiros Gonçalves e Gláucia Maria da Costa Santana.



A Medalha Annibal Frederico de Souza, conferida a servidores que prestaram relevantes serviços à instituição, foi concedida ao assessor da Diretoria de Tecnologia da Informação, Alexandre Fortes Marinho; ao secretário do CRAAI Barra do Pirai, Allan da Silva Machado; ao diretor de Orçamento e Finanças, Anmiel Siqueira de Carvalho; ao secretário do CRAAI Volta Redonda, Francisco Carlos Neves da Silva; à assessora da Assessoria Executiva, Helena Chaves Loureiro Galvão de Medeiros; e à assessora da Secretaria-Geral, Mônica Christiane de Assumpção Rego.

Após a entrega das comendas, o conselheiro Orlando Rochadel discursou em nome dos homenageados.

Integraram a mesa diretora dos trabalhos o governador, Luiz Fernando Pezão; o presidente do Tribunal de Contas do Estado, Jonas Lopes de Carvalho Júnior; o corregedor-geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard; o defensor-geral do Estado, André Luís Castro; o conselheiro do CNMP, Valter Shuenquener; o presidente do Tribunal de Contas do Município, Thiers Vianna Montebello; o procurador-geral de Justiça do Estado de Sergipe, José Rony Silva Almeida, representando o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público (CNPJ); o secretário de Estado da Casa Civil, Leonardo Espíndola; o presidente da Associação do Ministério Público do Estado (AMPERJ), Luciano Mattos; o procurador-geral da Alerj, Hariman Antônio Dias de Araújo, representando o presidente Jorge Picciani; o procurador-geral do Município, Fernando Dionísio, representando o prefeito, Eduardo Paes; o desembargador Marcelo Lima Buhatem, representando o presidente do TJRJ, Luiz Fernando Ribeiro; o presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Tício Lins e Silva; o chefe da Polícia Civil, Fernando Veloso; o presidente da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do MPRJ (COOMPERJ), Luiz Antonio Ferreira de Araujo; o presidente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ), Arthur Pontes Teixeira; a presidente do Centro de Procuradores de Justiça (CEPROJUS), Maria do Carmo Casa Nova; e o coronel Gilmar Manacez, representando o comandante-geral do Corpo de Bombeiros, Ronaldo Brito de Alcântara.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO

29-30, 36-38, 41, 43-44, 47, 292

AÇÃO RESCISÓRIA

12,136, 244, 249, 291

ASSISTÊNCIA SOCIAL

26

CAPITALISMO DE ESTADO

111-112, 117, 127, 135, 137-138

CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

153, 160

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

12, 77-79, 81, 86, 88, 98, 100-102, 105, 109, 169, 172, 177, 223, 227-229, 231, 237, 239-240, 244, 245, 247-248, 251-252, 262, 291, 294-295, 356, 359, 375, 377

COLISÃO DE DIREITOS

53-54, 73-76

COMISSÃO INTERAMERICANA

403, 417, 420-422, 424, 427, 438, 456, 461-462, 466-467

CONFLITO DE DIREITOS

53-54, 73

CONTRADITÓRIO

46, 77, 79-81, 89, 93, 96, 102, 104-105, 107, 174, 176, 178, 190, 229, 232, 241-242, 246-247, 252, 254, 298-299, 328

CONVENÇÃO DE PALERMO

17-18, 20, 22, 26

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

19

CRIMINALIZAÇÃO

17, 21-22

DEMOCRACIA PROCESSUAL

77, 86, 90

DESIGUALDADE DE GÊNEROS

195

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

19, 61, 72, 76, 79, 176, 196, 218, 310

DIREITO

à honra

53-54, 56-58, 60, 63-64, 71, 74-75

à imagem

53, 63-64, 66-70

DIREITOS HUMANOS

13, 17, 19, 25, 27, 42-43, 56, 62, 185, 290, 403, 417, 420-421, 423, 426, 428-431, 438-441, 444-462

DOCTRINA NACIONAL

153, 169

ECONOMIA MISTA

111, 112, 114, 118, 119-120, 126-127, 129, 138, 286

EFICIÊNCIA

85, 91, 96, 105, 109, 112-114, 125, 127-129, 131-132, 134, 136-138, 167, 280, 286, 317

EMPRESAS ESTATAIS

111-113, 115, 119, 123, 129, 132-133, 135, 139, 348

ESTATUTO

da criança e do adolescente

24

do tráfico de pessoas

17-18, 26-27

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO

23

FEMINILIDADES

193, 197-200, 202, 204-205, 208-210, 222-224

FINALIDADE ÚNICA DE LUCRO

111-112, 135

FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

09, 103, 227-228, 231, 233-234, 236, 238, 244-247

GARANTISMO

29-31, 37-41, 49

HOMICÍDIO

43, 418, 421, 423-424, 427, 432-434, 438, 441-442, 444, 447, 458-459, 465

IMAGEM-RETRATO

63, 66

INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

153-156, 159-163, 165, 167-175, 177-178

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

185, 243, 250, 253, 254, 256, 261, 283

INSTITUTO ANGLO-SAXÔNICO

153, 157

INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA

112, 115, 125, 134

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

153, 157, 170

LEGITIMADO ATIVO

227, 248-249, 253

LIBERDADE

de expressão

53-57, 60, 71, 73-75, 382-384

política

59

LIVRE

concorrência

111-112, 117, 120-123, 131, 133-134, 138

iniciativa

57, 111-112, 114-117, 120-122, 127, 132, 135, 137-138

mercado

112

MANDADO DE SEGURANÇA

233, 241, 249, 257, 259, 321-322, 330, 353-360, 362-363, 437, 466

MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

55, 58

MASCULINIDADES

195, 197-200, 202-206, 208-210, 216, 222-224

MEDIDA NEOPRIVATISTA

77, 90

MINISTÉRIO PÚBLICO

17, 20, 29-33, 35-50, 91, 97, 103-104, 106, 141, 150-151, 179-180, 182-187, 191-193, 195, 227-263, 273-275, 279-285, 289, 291-294, 304, 316, 337, 346, 353-355, 358, 360, 362-363, 366, 369, 401-404, 406-407, 410, 434, 436-437, 446, 465-466

NEGÓCIOS PROCESSUAIS

77-78, 86-87, 89-90, 97-103, 105-106, 245, 262

NEOPRIVATISMO

77, 87, 90, 108

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

77-79, 86, 88, 102, 105, 109, 227-229, 231, 240, 245, 248, 252, 262

OFENSA À HONRA

53, 62, 66

ORDEM ECONÔMICA

57, 111-112, 120-122, 135, 151, 191, 267

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

41-42, 61, 153, 160

ÓRGÃO AGENTE

254, 259

ÓRGÃO INTERVENIENTE

254, 259, 261

PARTICIPAÇÃO

77, 79, 83-84, 86, 90-91, 95, 105, 111, 113, 115-116, 124, 127, 129, 131, 135, 138, 144, 147, 165, 179, 188, 190, 196, 209, 212, 215, 217, 221, 223, 228-231, 237-238, 240-241, 246, 249, 259, 289, 316, 320, 340, 356, 359, 435, 437, 447

PATERNIDADE

195-198, 202, 209-217, 220-225

PERSECUÇÃO

17, 20, 24, 32, 370

PRÁTICAS MONOPOLISTAS

111-112

PRECLUSÃO

233-235, 255, 348, 377

PREVENÇÃO

17, 20-22, 26, 81, 147, 173, 209, 280, 431, 441, 444-445, 447, 456-457

PRINCÍPIO(S)

da boa-fé objetiva

153, 175

da confiança

168, 174, 326-327, 331, 351

da razoabilidade

71

da subsidiariedade

111-112, 121-123, 135

da unidade

123, 227, 232, 249, 252-253, 256, 260-262

de igualdade

71, 242, 317

de proporcionalidade

54-55, 71-72, 76, 391

PROTEÇÃO

17, 19-22, 25-26, 55, 57-61, 63, 66-69, 75,
78, 85, 94, 103-105, 115-116, 133, 153,
174-176, 180, 191, 196, 215, 221, 239,
244, 246, 248-249, 262, 285-287, 306,
309-310, 315, 321-322, 325-329, 331-
332, 336-339, 341-342, 344-345, 351,
387, 404-405, 420-422, 425, 438, 440,
448, 452, 457, 461

REFORMA POLÍTICA

265

SUPRESSÃO DO RECURSO

29-30, 36-38, 40-41, 43

TRADIÇÃO

anglo-saxônica

29-30, 36, 42

jurídica

29-30, 42

TRÁFICO

de negros

18

de pessoas

17-23, 27

VÍTIMA

19-22, 65, 188, 292-294, 298, 300-310,
365, 367-370, 395, 410, 412, 432, 435,
440, 448-450, 455

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