

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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



DIREITO
ROMANO

nº 83 jan./mar. 2022

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara	Guilherme Sandoval Góes
Antônio do Passo Cabral	Marcelo Machado Costa Lima
Antonio Henrique Graciano Suxberger	Márcio Carvalho Faria
Clarissa Diniz Guedes	Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis
Fernanda Medina Pantoja	Ronaldo Cramer
Fredie Didier Jr.	Sofia Temer
Guilherme Peres	

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

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

Redação e Administração

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

1995-2021 (1 - 82)
2022 (83,

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

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

Pedro Elias Erthal Sanglard
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Roberto Moura Costa Soares
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

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

Gláucia Maria da Costa Santana
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho

Membros eleitos

Nelma Gloria Trindade de Lima
Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Elizabeth Carneiro de Lima
Carlos Roberto de Castro Jatahy
Marcelo Daltro Leite
Angela Maria Silveira dos Santos
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Márcio José Nobre de Almeida
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Walberto Fernandes Lima
Luiz Fabião Guasque
Sumaya Therezinha Helayel
Márcio Mothé Fernandes

Pelos Promotores de Justiça

Conceição Maria Tavares de Oliveira
Antônio José Campos Moreira
Flávia de Araujo Ferrer
Cláudio Varela

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

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inaugura o ano de 2022 trazendo a público sua primeira edição, a 135ª de sua história e 83ª de sua terceira fase. É renovado o objetivo de difusão do conhecimento científico, por meio dos múltiplos olhares ora apresentados pelos profissionais da área jurídica, reafirmando a Revista o seu compromisso de contribuir com debates políticos e sociais que serão suscitados em um ano que aponta para a esperança de profundas modificações na sociedade brasileira.

Neste diapasão, a seção *Doutrina* nos brinda com importantes reflexões críticas sobre os mais diversos temas do direito, tais como: os atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/2021 e sua incompatibilidade com a Constituição da República; limites e possibilidades de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios; o acordo de não persecução cível e o questionamento acerca da suscetibilidade de revisão da negativa de celebração; as hipóteses excepcionais de cabimento do acordo de não persecução penal no decorrer do processo criminal; a compreensão da dicotomia entre grupo e membro de grupo, com as respectivas premissas jurídicas, filosóficas e sociológicas para a identificação das funcionalidades dos processos coletivos; a possibilidade de se proibir a matrícula e a frequência escolar da criança na perspectiva do combate à covid-19, como meio de coerção indireto para compelir os pais a imunizarem seus filhos; o direito à morte digna; reflexões sobre os contornos jurídicos da letalidade policial, entre outros.

A temática da covid-19 se repete como objeto de reflexão na seção *Observatório Jurídico*, com a análise da CPI da covid na perspectiva do Estado Democrático de Direito, ao passo que, no *Observatório Filosófico*, somos presenteados com um breve estudo sobre a *Desobediência Civil*, à luz do pensamento de Henry David Thoreau, e a sua aplicação nos dias de hoje.

Para a seção *História em Destaque – Personalidades*, projeto do Centro de Memória do MPRJ, reproduzimos o artigo que discorre sobre o quadro funcional do Ministério Público do Distrito Federal de 1895.

Para compor a seção *Peças Processuais*, foram selecionados pareceres e peças, os quais exemplificam e enobrecem o cotidiano institucional, seja pela relevância dos temas, seja pela complexidade das demandas judiciais.

Ainda fazem parte da pauta deste exemplar, integrando a seção *Jurisprudência*, uma seleção de acórdãos de nossos Tribunais Superiores (STF e STJ), os quais versam sobre relevantes temas da atualidade.

Por fim, informamos que a Revista é disponibilizada em duas versões: uma eletrônica e outra impressa, visando a proporcionar maior acessibilidade e incrementar a democratização do saber. Aos nossos leitores, desejamos um agradável momento de reflexão; aos nossos autores, nosso muito obrigado pelo empenho e brilhantismo.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

As hipóteses excepcionais de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal no decorrer do processo criminal <i>Décio Viégas de Oliveira</i>	19
Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão? <i>Emerson Garcia</i>	35
Covid-19, vacinação infantil e volta às aulas: um estudo sobre a possibilidade de se proibir a matrícula e a frequência escolar da criança como meio de coerção indireto para compelir os pais a imunizarem seus filhos <i>Heleno Ribeiro P. Nunes Filho</i>	55
Grupo e membro de grupo: premissas jurídicas, filosóficas e sociológicas para a adequada compreensão dos processos coletivos <i>João Paulo Lordelo Guimarães Tavares</i>	65
Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios – limites e possibilidades <i>Luciano Taques Ghignone</i> <i>Rita Tourinho</i>	87
Direito à morte digna <i>Reis Friede</i>	107
Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal <i>Renato de Lima Castro</i>	125
Contornos jurídicos da letalidade policial <i>Renee do Ó Souza</i> <i>Luiz Fernando Rossi Pipino</i> <i>Andrea Walmsley Soares Carneiro</i>	139
A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação <i>sui generis</i> e o retrocesso protetivo de suas consequências <i>Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis</i>	149

(In)competência da Justiça Federal brasileira para julgar crimes praticados por brasileiro nato em território estrangeiro: comentários ao acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* nº 97.535-RS

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Gabriella Boger Prado 171

Observatório Jurídico

A CPI da Covid e o Estado Democrático de Direito

Ives Gandra da S. Martins 193

Observatório Filosófico

Breve estudo sobre a *Desobediência Civil*, à luz do pensamento de Henry David Thoreau, e a sua aplicação nos dias de hoje

Adolfo Borges Filho 199

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Consultoria Jurídica. Processo Administrativo. Consulta formulada pelo Secretário de Estado da Casa Civil do Rio de Janeiro, sobre o interesse do Ministério Público em aderir ao Acordo sobre compras governamentais - GPA - *Government Procurement Agreement*, da Organização Mundial do Comércio (OMC), importante tratado plurilateral que conta com 20 partes signatárias.

Emerson Garcia 211

Peça Processual. Agravo de instrumento. Direito à saúde, direito do consumidor. Plano de saúde. Internação psiquiátrica. Hipossuficiência e vulnerabilidade. Transtornos psiquiátricos. Exigência excessivamente onerosa para o consumidor. Discriminação entre os tipos de patologia que viola o princípio da igualdade. Direito fundamental à saúde. Máxima efetividade. Eficácia horizontal. Vedação da proteção deficiente e retrocesso. Inexistência de fundado risco de irreversibilidade do dano em relação ao prestador do serviço. Não incidência da tese fixada pelo STJ no tema nº 1.032 por ausência dos requisitos. *Distinguishing*. art. 489, § 1º, VI, do CPC, aplicado a *contrario sensu*. Ausência de ratificação exigida na cláusula contratual. Previsão expressa incompleta. Contrato de adesão que exige informação clara ao consumidor que não foi observada.

Cláudia Perlingeiro. 215

Conselho Superior do Ministério Público. Processo MPRJ n. 2015.00871345. 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e Contribuinte Capital. Consumidor. Inquérito Civil instaurado com o objetivo de apurar a recusa na concessão do cartão de crédito CELEBRE, que é disponibilizado pela sociedade empresária Leroy Merlin, Companhia Brasileira de Bricolagem.

Marlon O. Cordovil245

Memória Institucional

Nota Introdutória269

História em Destaque

3ª edição - Quadro funcional do Ministério Público do Distrito Federal de 1895: os primeiros passos271

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.356.720 / Rio de Janeiro. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Processual penal. Homicídio. Intimação do julgado recorrido após 3.5.2007. Preliminar formal de repercussão geral: Requisito de admissibilidade. Insuficiência da preliminar. Inexistência de contrariedade ao inc. IX do art. 93 da Constituição da República. Alegação de contrariedade aos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República: ausência de repercussão geral. Interrogatório por videoconferência. Possibilidade. Prova emprestada. Admissibilidade. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.

Primeira turma, Relator: Min. Cármen Lúcia, sessão virtual de 11.02.2022 a 18.02.2022, DJe. nº 37 - 23.02.2022.....277

Jurisprudência Cível

Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635 / Rio de Janeiro. Referendo em medida incidental em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização de operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia mundial. Mora do Estado no cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Plausibilidade jurídica.

Contexto fático em que os moradores permanecem mais tempo em casa. Relatos de operações que repetem o padrão de violação já reconhecido pela Corte Interamericana. *Periculum in mora*. Concessão da medida.

Plenário, Relator: Min. Edson Fachin, sessão virtual 26.06.2020 a 04.08.2020, DJe. nº 267 - 09.11.2020.289

Agravo Regimental na Petição nº 9.825 / Distrito Federal. Agravo Regimental na Petição. Impedimento/suspeição do Relator e do Vice-Procurador-Geral da República. Arguição manifestamente improcedente. Notícia-crime formulada em face de Senador da República pela suposta prática de delitos previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83). Princípio do monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública. Inexistência de indícios mínimos da ocorrência de ilícito penal. Flagrante ausência de justa causa. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Plenário, Relator: Min. Alexandre de Moraes, sessão virtual 12.11.2021 a 22.11.2021, DJe. nº 237 - 01.12.2021.339

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.823.407 / Paraná (2021/0022983-5). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Furto qualificado. Citação por edital. Possibilidade. Esgotamento dos meios para a localização do réu. Oferecimento de resposta à acusação por meio de advogado constituído. Eventual nulidade superada. Produção antecipada de provas. Não violação da súmula 455 desta Corte. Arrependimento posterior. Voluntariedade. Súmula 7/STJ. Recurso improvido.

Quinta turma, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado: 22.06.2021, DJe. 28.06.2021.351

Incidente de Deslocamento de Competência nº 21 / Rio de Janeiro (2019/0271963-5). Incidente de Deslocamento de Competência. Incurções policiais na favela Nova Brasília/RJ, em 1994 e 1995, que resultaram, cada uma, na morte de 13 pessoas e, a primeira delas, também em abusos sexuais cometidos contra três mulheres, duas das quais eram menores de 18 anos à época dos fatos. Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em fev./2017 por graves violações de direitos humanos. 1) Providências subsequentes do Estado brasileiro que culminaram no oferecimento de denúncia contra os acusados de participar dos homicídios e dos abusos sexuais ocorridos em 1994. Inexistência de evidência de que os órgãos do sistema de justiça (estadual) careçam de isenção ou das condições necessárias para desempenhar as funções de apuração, processamento e julgamento dos casos. 2) Sucessivos arquivamentos do inquérito referente aos

eventos ocorridos em 1995, ante a ausência de evidências de atuação ilícita da autoridade policial. Imprescritibilidade de delitos relacionados à violação de direitos humanos. Controle de convencionalidade. Precedente desta Corte no Resp 1.798.903/RJ, que reconheceu a necessidade de harmonização de tratados internacionais de que o Brasil é signatário com o ordenamento jurídico pátrio, para manter a validade da prescrição de delitos, ainda que cometidos em violação a direitos humanos. Inexistência de interesse em deslocar para a Justiça Federal a investigação de delitos já prescritos e em relação aos quais não foi encontrado lastro mínimo para oferecimento de denúncia. Parecer final do MPF pela rejeição do IDC. Incidente julgado improcedente.

*Terceira seção, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado: 25.08.2021
segredo de justiça, DJe. 31.08.2021.....363*

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.922.347 / Paraná (2021/0040322-7). Recurso Especial. União estável sob o regime da separação obrigatória de bens. Companheiro maior de 70 anos na ocasião em que firmou escritura pública. Pacto antenupcial afastando a incidência da súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos adquiridos onerosamente na constância da convivência. Possibilidade. Meação de bens da companheira. Inocorrência. Sucessão de bens. Companheira na condição de herdeira. Impossibilidade. Necessidade de remoção dela da inventariança.

Quarta turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado: 07.12.2021, DJe. 01.02.2022.....403

Noticiário

PGJ e membros do MPRJ são agraciados com a Medalha Mérito da Defesa Civil do Estado449

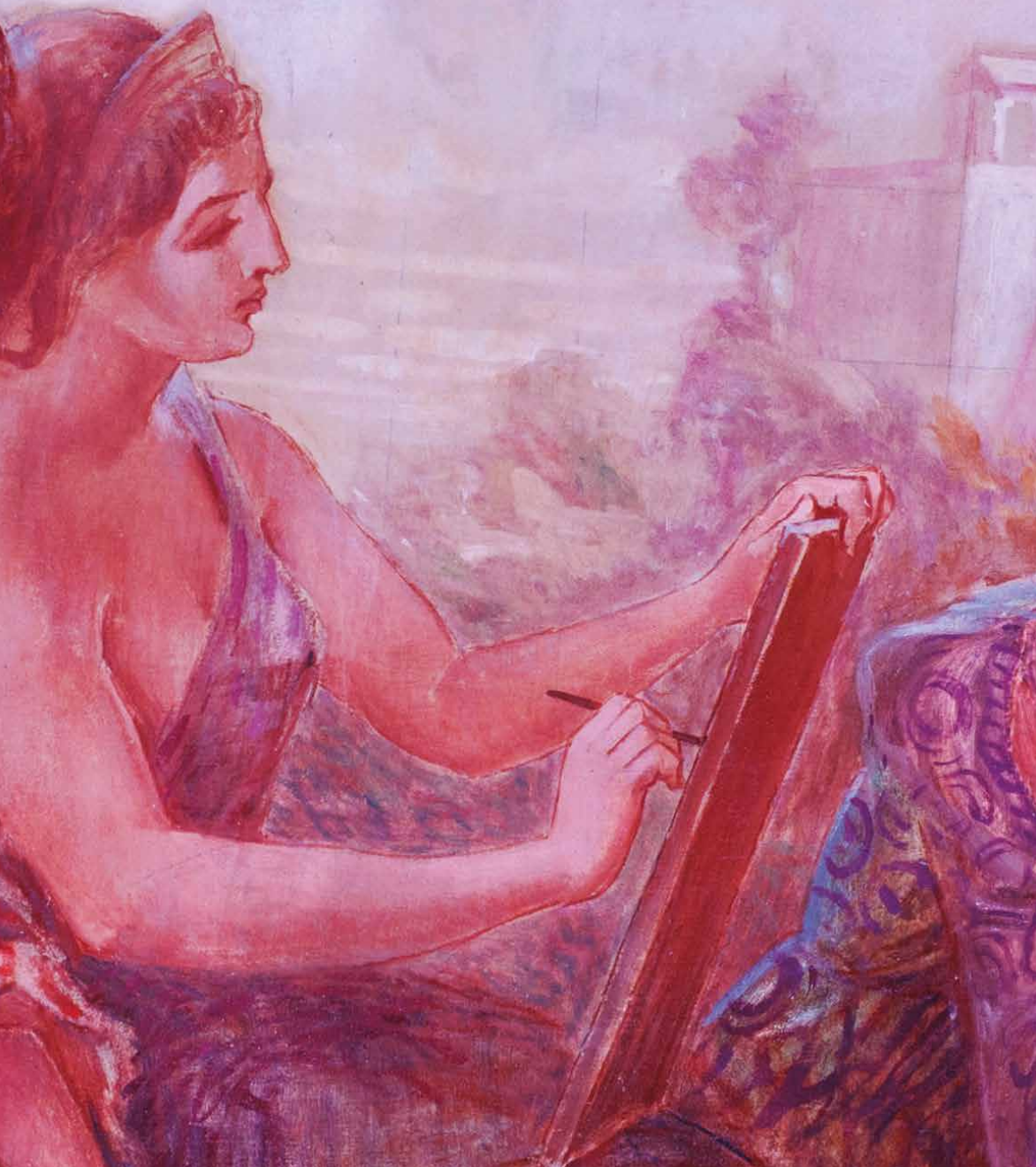
PGJ participa da abertura do XXIV Congresso Nacional do Ministério Público.....451

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....455



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



As hipóteses excepcionais de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal no decorrer do processo criminal

Décio Viégas de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Denúncia oferecida sem manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes os requisitos objetivos do art. 28-A do CPP. 3. Notificação do investigado somente pela imprensa oficial. 4. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica. 5. Desclassificação da conduta para outra de menor gravidade. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que, em certos casos excepcionais, o acordo de não persecução penal deve poder ser oferecido durante o curso do processo criminal tendo em vista a obrigatoriedade de submissão da lei ordinária às garantias constitucionais previstas na Constituição Federal.

Abstract

The present article seeks to demonstrate that, in certain exceptional cases, the non-prosecution agreement must be able to be offered during the course of the criminal process in view of the mandatory submission of the ordinary law to the constitutional guarantees provided for in the Federal Constitution.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Medidas diversionistas. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica. Isonomia. Direito Constitucional. Direito Processual Penal.

Keywords: *Non-prosecution agreement. Diversionary measures. Retroactivity of the most beneficial hybrid criminal law. Isonomy. Constitutional right. Criminal Procedural Law.*

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

1. Introdução

O advento da Lei nº 13.964/2019 trouxe para o ordenamento jurídico, dentre uma série de outras novidades, a regulamentação legal da figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Trata-se de mais uma das chamadas medidas diversionistas, ou seja, medidas aplicadas na persecução penal que diferem daquelas adotadas na justiça conflitiva da persecução penal clássica por decorrerem da ideia de justiça negociada, em que se permite na esfera criminal a negociação de elementos como imputação, pena, consequências do delito e reparação do dano, dentre outros.

Havendo a presença dos requisitos subjetivos e objetivos para a propositura do acordo, cabe ao membro do Ministério Público com atribuição determinar a notificação do investigado para que este possa optar por adotar uma dentre as seguintes posturas: (1) manifestar seu interesse em confessar o delito e celebrar o acordo, quando então poderá aceitar os termos da proposta feita pelo *Parquet* ou tentar negociar as cláusulas do ajuste; (2) manter-se inerte durante o prazo estipulado para resposta, hipótese em que, salvo justa causa, estará tacitamente demonstrada a falta de interesse em firmar o acordo; e (3) manifestar expressamente seu desinteresse na celebração de acordo.

Nesse sentido, mostra-se inegável que toda a conformação dada ao acordo de não persecução penal pela Lei nº 13.964/19 deixa claro que se trata de um negócio jurídico de natureza extraprocessual, ou seja, busca-se que a questão seja resolvida sem que sequer haja o ajuizamento da demanda criminal.

Por esse motivo muitos doutrinadores defendem, de forma acertada a nosso ver, que teria sido mais técnico e adequado batizar o instituto de Acordo de Não Deflagração da Ação Penal, tendo em vista que o ANPP sempre será celebrado em um contexto em que já houve alguma persecução penal, pois algum indício mínimo da prática do crime deverá existir para que se possa propor o acordo.

O fato de ter sido previsto originariamente no PL nº 882/2019, além do ANPP, o Acordo de Não Continuidade da Ação Penal, que poderia ser proposto após o recebimento da denúncia e antes da instrução da ação penal ter início, mas que no decorrer das modificações legislativas foi retirado do projeto de lei e não constou na redação final da Lei nº 13.964/19, somente reforça o entendimento de que o ANPP foi criado para que não haja a instauração de demandas processuais penais. Quanto a isso, não há maiores discussões.

A jurisprudência e a doutrina ainda divergem quanto ao marco temporal final a ser adotado para o oferecimento do ANPP. Uma primeira posição defende que tal marco seria a prolação da sentença¹, todavia, a posição que vem se tornando majoritária entende que o termo final ocorreria com a prolação da decisão do recebimento da

¹ PORTARIA CONJUNTA Nº 20/PR-TJMG/2020. Acesso em 11/05/2021.

Fonte: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/2F/27/DF/EF/31D017102A890D075ECB08A8/port%20conj%2020-pr-tjmg-2020.pdf>

denúncia pelo juiz^{2,3}, por ser o momento que encerra a etapa pré-processual da persecução penal⁴.

Dessa forma, tendo em vista que a redação do art. 366 do CPP diz que o “*processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado*”, entende-se que, após a citação, como está inaugurada a fase processual da persecução penal, o ANPP não seria mais cabível.

Conforme adiante se demonstrará, em certas hipóteses excepcionais, entendemos que tal entendimento deve ser flexibilizado, de forma a que se permita que o ANPP possa ser oferecido pelo membro do *Parquet* após o início da relação processual, sob pena de serem violados princípios e garantias constitucionais que se sobrepõem em hierarquia normativa à legislação processual penal que regulamenta o referido instituto.

2. Denúncia oferecida sem manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes os requisitos objetivos do art. 28-A do CPP

Apesar de o *caput* do art. 28-A do CPP utilizar o verbo “poder” ao se referir à possibilidade de o Ministério Público oferecer o ANPP quando do preenchimento de seus requisitos, fica claro, pela própria leitura do dispositivo, que a discricionariedade do Ministério Público quando da escolha pelo oferecimento ou não do benefício não será irrestrita, pois se expressará somente através da análise por parte membro do Ministério Público quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos no caso concreto.

Quer dizer, portanto, que presentes os requisitos objetivos para a propositura do ANPP, não pode o membro do *Parquet* simplesmente oferecer a denúncia sem sequer se manifestar quanto aos motivos pelos quais não ofereceu o acordo. Nesse caso, cabe ao presentante do Ministério Público adotar uma entre duas opções: oferecer o acordo ou motivar a prática do ato através do qual optou pelo não oferecimento do benefício, especificando quais dos requisitos subjetivos do ANPP não foram cumpridos, segundo seu entendimento.

Nesse sentido, entendemos que, em que pese não haja um direito subjetivo do investigado à celebração do ANPP, há um direito subjetivo deste ao menos a que haja uma manifestação ministerial do órgão acusatório quanto ao cabimento do benefício caso estejam presentes seus requisitos objetivos, até porque entendimento em contrário negaria vigência à norma processual penal prevista no §14 do art.

² Enunciado 30 do MPSP sobre o Pacote Anticrime – “Aplica-se o art. 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal.” Acesso em 11/05/2021.

Fonte: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2656840.PDF

³ ENUNCIADO 20 (ART. 28-A, CPP) do GNCCRIM do CNPG – “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” Acesso em 11/05/2021.

Fonte: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf

⁴ STF - HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/11/2020

28-A do CPP, que trata do meio de impugnação à decisão ministerial que recusa o oferecimento do acordo.

Dessa forma, ao deixar de se manifestar formalmente quanto ao cabimento do ANPP na hipótese em que estão presentes seus requisitos objetivos, o membro do *Parquet* com atribuição descumprirá um poder-dever que lhe é legalmente imposto e violará um direito subjetivo do investigado, que, portanto, não poderá ser prejudicado por um erro a que não deu causa.

Logo, nada mais justo que se permita que, caso o membro do *Parquet* verifique posteriormente que incorreu em tal omissão, este possa vir a realizar a análise quanto ao cabimento do acordo já durante a fase processual da persecução penal, ou seja, após a citação e antes da prolação da decisão de ratificação do recebimento da denúncia prevista no art. 399 do CPP, que entendemos que deva ser considerado o marco temporal final para a celebração do ANPP na hipótese apresentada, pois no referido momento processual já terá sido possível à defesa se manifestar, em regra pela primeira vez, no processo, em sede de resposta à acusação, quando então poderá provocar o Ministério Público para que sane o referido vício em sua atuação, o que impede que a parte ré seja prejudicada por um equívoco na atuação ministerial.

Em tal hipótese não pode o Ministério Público deixar de oferecer o acordo usando como motivação exclusivamente o fato de o benefício não ser mais cabível durante a fase processual da persecução penal, pois estará alegando nulidade a que deu causa, o que vai de encontro à vedação ao comportamento contraditório (*“venire contra factum proprium”*) e aos princípios da isonomia e impessoalidade.

3. Notificação do investigado somente pela imprensa oficial

Como já explicitado, a discricionariedade do membro do Ministério Público quanto à análise do cabimento do ANPP quando estão presentes seus requisitos objetivos se limita à avaliação quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos, o que, conseqüentemente, indicará se o acordo deve ser oferecido ou não.

Havendo a verificação de que os requisitos objetivos e subjetivos estão presentes, surge para o membro do Ministério Público o poder-dever de oferecer o benefício ao investigado. Por outro lado, ausentes os requisitos subjetivos, cabe ao Ministério Público dar ciência ao investigado para que o mesmo possa exercer seu direito de impugnação em tempo hábil. Em ambas as hipóteses será necessária a realização de uma comunicação entre o Ministério Público e o investigado. Todavia, o legislador optou por não especificar como se dará esse contato.

Entendemos que essa ausência de previsão legislativa é bem-vinda, pois permite que, ao regulamentarem as formas de contato entre o Ministério Público e o investigado, os diversos Ministérios Públicos do país possam se utilizar de outras formas de comunicação que não somente aquelas tradicionalmente previstas no CPP para a realização de citações e intimações, como por exemplo a realização de

comunicações via meios tecnológicos como telefone celular, e-mail e aplicativos de mensagens instantâneas.

A utilização de meios virtuais para a negociação e celebração do ANPP é expressamente prevista, por exemplo, na Orientação nº 40 da Câmara de Coordenação e Revisão – Criminal do MPF, que prevê que *“A negociação e a celebração de acordos de não persecução penal poderão ocorrer por meios exclusivamente virtuais (e-carta, e-mail, ligações de voz ou imagem, aplicativos de reuniões ou outras formas de interação virtual).”*⁵

Independentemente do meio que seja utilizado, o mais importante é que se consiga que o investigado tenha efetiva ciência da proposta oferecida pelo Ministério Público ou de sua recusa, de forma a que sejam garantidos seus direitos de, caso queira, se manifestar quanto à proposta de ANPP ou, caso haja recusa, impugnar o ato ministerial na forma do §14 do art. 28-A do CPP.

Logo, entendemos que, dado o caráter ficto da notificação via diário oficial, caso o Ministério Público somente consiga notificar a parte investigada através da referida publicação oficial, esta não poderá ser utilizada como argumento para fins de (1) negativa de oferecimento do ANPP durante o processo, sob a alegação de inércia da parte em se manifestar quanto à proposta no prazo concedido na publicação, e (2) contagem de prazo para impugnação da decisão ministerial de não oferecimento do acordo.

Se nem mesmo o CPP equipara o valor da citação ficta por edital à citação pessoal, como se vê pela redação do artigo 366⁶, não permitindo, portanto, que o direito de defesa do acusado seja vulnerado pelo fato de o poder público não ter conseguido encontrá-lo, não faz sentido que quando do oferecimento do ANPP ou da notificação de sua recusa via imprensa oficial se permita que o investigado perca seu direito à escolha quanto à celebração do acordo ou à impugnação de sua rejeição.

Assim como é dever do poder público, via poder judiciário, encontrar o réu para citá-lo quando do oferecimento de denúncia, é dever do mesmo poder público, via Ministério Público, encontrar o investigado para que lhe seja dada efetiva ciência da possibilidade do acordo ou de sua rejeição.

Entendimento em contrário importaria em violação ao já supracitado direito do investigado a que haja uma manifestação ministerial do órgão acusatório quanto ao cabimento do benefício caso estejam presentes seus requisitos objetivos, tendo em vista que, caso não haja meios que lhe permitam ter ciência de tal manifestação, tal direito não terá a menor efetividade.

Veja-se, não se está aqui falando da hipótese daquele que deliberadamente tenta se ocultar para não ser notificado. Em tal hipótese mostra-se perfeitamente

⁵ Fonte: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-40-orienta_sobre_anpps_virtuais_assinada.pdf - Acesso em 12/05/2021

⁶ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

cabível para a notificação do ANPP a aplicação analógica dos entendimentos firmados quanto à citação por hora certa. Trata-se aqui da situação em que o investigado simplesmente não é encontrado, sem que haja quaisquer indícios de que este esteja se ocultando de forma proposital.

No caso de rejeição ao oferecimento do ANPP, a solução é mais simples, basta que o membro do *Parquet* manifeste em cota, quando do oferecimento da denúncia, os motivos pelos quais não oferecerá o acordo, mesmo estando presentes seus requisitos objetivos. Dessa forma o prazo para impugnação será contado não da publicação no diário oficial, mas sim da citação do acusado, quanto este então terá efetiva ciência do teor da manifestação ministerial de rejeição. Tal solução foi adotada expressamente pelo Ministério Público do Rio de Janeiro no art. 7º, *caput*, da Resolução GPGJ 2.429/2021.⁷

A questão torna-se mais complexa, todavia, no caso em que o Ministério Público entenda ser cabível o acordo, pois a utilização da publicação por diário oficial em substituição a formas efetivas de notificação do investigado quando este não é encontrado por outros meios poderá em certos casos desencadear em indesejada situação de seletividade socioeconômica indireta na celebração do ANPP, pois, infelizmente, a realidade do cotidiano forense nos mostra que, não raro, pessoas hipossuficientes econômicas são mais difíceis de serem encontradas pelos mais diversos motivos, seja por morarem em áreas de difícil acesso ou dominadas por facções criminosas, seja por não terem meios econômicos para adquirirem um aparelho celular ou, nos casos de moradores de rua, por sequer terem moradia fixa.

Se por um lado sabe-se que é completamente irreal e absurdo exigir-se que o Ministério Público crie um modelo de notificações totalmente infalível e universal, por outro lado, não pode a parte investigada ser prejudicada com a perda de um direito de que sequer teve efetiva ciência.

Ocorre que encontrar o investigado é um ônus imposto ao Ministério Público e, embora na maior parte dos casos tal ônus não possa ser cumprido por motivos plenamente justificáveis, não pode o cidadão ser prejudicado por essa falha do estado.

Por esse motivo, torna-se necessário que nesses casos o entendimento de que o ANPP somente é cabível até a fase de recebimento da denúncia (art. 396 do CPP) seja afastado para que se permita que o acordo seja cabível até a fase da ratificação do recebimento da denúncia (art. 396 do CPP).

⁷ Art. 7º - No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o que deve ocorrer sempre de forma fundamentada em elementos concretos, a denúncia deve ser oferecida e o investigado poderá requerer, no prazo da resposta prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal, a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, na forma do art. 28 do mesmo diploma normativo. Parágrafo único - O Procurador-Geral de Justiça, recebidos os autos, poderá:
I - propor o acordo ou designar membro do Ministério Público para fazê-lo;
II - manter a recusa e encaminhar os autos ao órgão de origem para prosseguimento.

Em tal hipótese entendemos que o membro do *Parquet* poderá oferecer a denúncia e, em cota à exordial, requerer que na citação o juízo também notifique a defesa para que se manifeste quanto ao interesse na celebração de eventual ANPP.

Caso o Ministério Público assim não o faça, ainda assim o vício poderá ser facilmente sanado, bastando que a defesa provoque, via resposta à acusação, o Ministério Público a se manifestar quanto ao cabimento do ANPP.

Dessa forma, além de não serem violados os princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, permite-se também que o membro do Ministério Público possa cumprir os prazos legalmente previstos para oferecimento da denúncia.

4. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica

O artigo 5º, inciso XL, da CRFB prevê expressamente o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. O tema é também tratado no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que estabelece que, no caso de *novatio legis in melius*, a lei penal será aplicada a fatos anteriores, ainda que decididos por sentença penal condenatória transitada em julgado.

O art. 2º do Código de Processo Penal, por sua vez, ao tratar da aplicação da lei processual penal no tempo, dispõe que “*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anteriores*”, o que demonstra que o legislador optou por adotar nesse caso o princípio *tempus regit actum*, ou seja, a lei processual penal, em regra, terá aplicação imediata.

O grande problema, todavia, surge quando se torna necessário a análise da aplicação no tempo das chamadas normas penais híbridas (ou mistas), que são aquelas que trazem, ao mesmo tempo, conteúdo material e processual.

Nessa toada, importante que se esclareça que já em vários acórdãos foi aceita pelos tribunais superiores a premissa de que normas processuais que tenham reflexos imediatos sobre a extinção da punibilidade do agente, como é o caso, por exemplo, das normas que tratam do tipo de ação penal ou de prescrição, têm natureza híbrida.⁸⁻⁹

A possibilidade de extinção da punibilidade da conduta praticada com o cumprimento integral do acordo de não persecução penal¹⁰ permite que se conclua que as normas que introduziram o ANPP em nossa legislação têm natureza mista, assim como aquelas referentes aos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Ocorre que, ao tratarem do tema da retroatividade do ANPP em precedentes recentes, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal e a 5ª turma do Superior Tribunal

⁸ STF - Ext: 1501 DF - DISTRITO FEDERAL 0004016-15.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 27/02/2018, Segunda Turma

⁹ STJ - HC: 583837 SC 2020/0121742-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2020

¹⁰ O § 13 do art. 28-A do Código de Processo Penal assim dispõe: “*Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.*”

de Justiça decidiram por limitar suas hipóteses de retroação, entendendo que o ANPP seria aplicável a fatos anteriores somente caso a denúncia ainda não tivesse sido recebida.^{11 12}

A 6ª turma do STJ, por sua vez, em um primeiro momento se posicionou favoravelmente à possibilidade de aplicação retroativa do ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, sob o fundamento de que se trataria de norma de natureza jurídica mista mais benéfica, todavia, em julgado posterior, optou por modificar seu entendimento, alinhando-se à posição já adotada pela 5ª turma.^{13 14}

A posição contrária à possibilidade de retroação do ANPP quando já houve o recebimento da denúncia vem sendo defendida também por parcela considerável da doutrina, como é o caso de Douglas Fischer, que entende que:

Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência “mais benéfica ao infrator”, configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95.¹⁵

O autor prossegue ponderando que a argumentação favorável à aceitação da retroação do ANPP com base no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica implicaria, necessariamente, *“que se abraze a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena mais favorável à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal”*. Afirma, também, que o instituto foi criado para ser utilizado em situações em que a denúncia criminal não tenha ainda sido recebida, motivo pelo qual, recebida a denúncia, seria inviável, por questão temporal, o oferecimento do ANPP.¹⁶

Por fim, pontua que não há risco de violação ao princípio da isonomia, pois, segundo seu entendimento a isonomia deixa de existir se houver o recebimento da

¹¹ STF - HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/11/2020 (grifos nossos)

¹² STJ - HC: 607003 SC 2020/0210339-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2020

¹³ STJ - AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020

¹⁴ STJ - AgRg no HC: 628647 SC 2020/0306051-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2021

¹⁵ FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso, www.meusitejuridico.com.br, 11 de julho de 2020. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>, acesso em 09/06/2021.

¹⁶ Ibid.

denúncia, tendo em vista que a situação jurídica de uma pessoa que já está sendo processada é diferente de alguém que não está.¹⁷

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, sustenta que, devido ao fato de a Lei nº 13.964/19 também ter alterado o Código Penal para fins de prever que, antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP, conforme redação atual do art. 116, IV, do CP, a norma que introduziu o ANPP no ordenamento teria natureza penal nitidamente mais gravosa, por trazer consigo uma nova causa de suspensão da prescrição. Por esse motivo, entende o autor que a aplicação do instituto deve ficar restrita aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.¹⁸

Data venia, ousamos discordar da posição do ilustre autor. Em muitos casos, a nova lei trará tanto aspectos mais benéficos quanto mais prejudiciais em relação à lei anterior. Em tais situações, a análise do grau de benefício ou de prejuízo da nova lei deve ser feita através de uma análise global, ou seja, que considere todas suas características.

Apesar de prever a nova causa de suspensão da prescrição, a nova lei prevê também nova hipótese de extinção da punibilidade, propiciando ao investigado que este mantenha sua primariedade e não tenha de ser submetido aos rigores de um processo penal.

Ademais, se no caso concreto o investigado entender que seria pior para sua situação ter a prescrição de sua conduta suspensa do que submeter-se a um processo criminal, bastaria este se negar a celebrar o acordo. Por tal motivo, entendemos que, em análise global, o ANPP indubitavelmente é *lex mitior*.

Dessa forma, em que pese os argumentos apresentados, entendemos ser mais adequada aos ditames constitucionais a posição doutrinária que sustenta a possibilidade de aplicação retroativa do ANPP aos processos em andamento mesmo após já ter ocorrido o recebimento da denúncia, sob pena de frontal violação à garantia constitucional insculpida no inciso XL do art. 5º da CRFB.

A norma penal híbrida (ou mista) mais benéfica inevitavelmente desencadeará, quando da análise de sua aplicação no tempo, um conflito aparente de fundamentos normativos de eficácia, quais sejam, o art. 5º, XL, da CRFB, que regula a aplicação no tempo da norma material penal mais benéfica, e o art. 2º do Código de Processo Penal, que trata da eficácia no tempo da lei processual penal.

A dogmática nos ensina que um conflito aparente entre uma norma constitucional e uma norma legal é facilmente solucionado através do critério hierárquico, com a prevalência da norma constitucional.

Logo, não concebemos ser possível, dentro dos critérios estabelecidos na teoria geral do direito, que, no caso de um conflito aparente de fundamentos

¹⁷ Ibid.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal – Volume Único. 10ª ed., p. 251, Juspodium, 2021, p. 251.

normativos de eficácia temporal de uma norma híbrida, aquele previsto na legislação infraconstitucional prevaleça, em detrimento do mandamento constitucional, como ocorre quando se entende pela limitação da retroação do ANPP para que este seja aplicável somente aos casos em que a denúncia ainda não foi recebida.

A solução que permite a aplicação retroativa do ANPP sem que haja essa limitação temporal também é a única que não viola o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, segundo Canotilho, impõe que, *“no caso de dúvidas, deve se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”*¹⁹

O argumento de que a retroação nos casos em que já houve o recebimento da denúncia violaria a vontade do legislador, tendo em vista o fato de o chamado acordo de não continuidade da ação penal não ter sido mantido na redação final do chamado “Pacote anticrime”, também não merece ser acolhido, pois o que o inciso XL do art. 5º da CRFB impõe é justamente uma limitação à vontade do legislador, de forma que as normas legais por este produzidas devem ser interpretadas em conformidade com a regras e princípios expressos na constituição.

Dizer que o ANPP não retroage porque o instituto foi criado para casos em que ainda não houve o recebimento da denúncia não nos convence em termos argumentativos justamente porque nunca se controverteu que esta é a regra geral, todavia, o que se discute é uma hipótese de exceção imposta constitucionalmente.

A própria redação do inciso XL do art. 5º da CRFB, ao utilizar a preposição “salvo”, que traz ideia sintático-semântica de exclusão de uma situação geral, deixa claro que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica é aplicado em hipótese de exceção às regras gerais dos incisos XXXVI, (a *lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*) e XL, primeira parte (a *lei penal não retroagirá*), do art. 5º da CRFB.

Dessa forma, entendemos que não faz sentido, portanto, que se utilize como argumento uma regra geral (o fato de o ANPP ter sido criado para aplicação antes do recebimento da denúncia) para tentar se solucionar uma situação de exceção (quando a norma penal híbrida posterior for mais benéfica ao réu em casos de processos nos quais já houve o recebimento da denúncia).

A violação à isonomia pela inadmissão da retroação do ANPP em casos em que já houve o recebimento da denúncia também fica muito clara ao verificarmos que, caso tal posição continue sendo adotada, poderemos nos deparar com situações em que duas pessoas, em diferentes contextos, tenham cometido o mesmo crime de forma idêntica e no mesmo dia, antes do advento da Lei nº 13.964, mas uma venha a receber o benefício e outra não a depender do grau de diligência dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal.

Dizer que em tal situação não há violação à isonomia porque em um caso uma pessoa já teve a denúncia criminal recebida e no outro não é o mesmo que negar

¹⁹ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., p. 227, apud, LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017, p. 164.

vigência ao próprio princípio da isonomia, que é dirigido, principalmente, mas não de forma exclusiva, ao estado, que não pode estabelecer tratamentos desiguais a pessoas que se encontram exatamente na mesma circunstância jurídica, o que inevitavelmente ocorrerá caso se permita ser possível que o estado possa, através do poder judiciário, com a prolação da decisão de recebimento da denúncia, subtrair de uma pessoa um direito que é concedido a outra que está em idêntica situação.

Não se pode conceber, dentro dos preceitos do princípio da igualdade, que um cidadão, em um estado democrático de direito, possa deixar de responder a um processo criminal, enquanto outro na mesma situação não tenha o mesmo direito, simplesmente por ter dado o azar de ter tido sua denúncia recebida antes do advento de uma lei. Trata-se de hipótese clara de tratamento anti-isonômico decorrente de atuação do próprio estado, o que é vedado pela constituição.

Deve se considerar também, como bem assevera Marcos Paulo Dutra, que o instituto do ANPP guarda clara identidade ontológica e teleológica com a transação penal, tendo em vista que:

Se o ANPP persegue fins *idênticos* aos da transação penal – não deflagração da denúncia -, com as *mesmas* consequências – extinção da pretensão punitiva estatal após o cumprimento, sem configurar reincidência nem maus antecedentes, tão somente impedindo novo benefício nos próximos 5 anos, enquanto, se inadimplida, restaura ao Ministério Público o direito de ação -, preenchida está a *identidade de razões para aplicar a inteligência desses precedentes, por analogia, aos acordos de não persecução penal, afinal, ubi ratio eadem jus*. Por conseguinte, os ANPPs alcançam as ações penais em curso, independentemente da fase na qual estiverem.²⁰

Nesse sentido, importante que se reconheça que os tribunais superiores já se posicionaram em diversas oportunidades de forma favorável à retroatividade da transação penal.²¹⁻²²⁻²³⁻²⁴

Por fim, no que se refere à discussão quanto ao termo final para incidência da retroatividade penal do ANPP, entendemos que em termos dogmáticos não seria

²⁰ DUTRA, Marcos Paulo. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo. 1ª edição. Método, 2020, págs. 154 e 155.

²¹ STF - ADI: 1719 DF, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35

²² STF - Inq: 1055 AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/04/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028 RTJ VOL-0162- PP-00483

²³ STJ - HC: 55064 SP 2006/0037120-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 09/05/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.05.2006 p. 283 REVFOR vol. 387 p. 437

²⁴ STJ - RHC: 15495 SP 2003/0234153-0, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 31/08/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/10/2005 p. 433

adequada posição que estabelecesse como marco temporal final a prolação da sentença de mérito, posição essa já adotada pelo STF no que se refere ao instituto da transação penal²⁵.

Nesse ponto, somos obrigados a concordar com a posição, já sustentada por Sauvei Lai²⁶, Marcos Paulo Dutra²⁷ e Douglas Fischer²⁸, de que, por coerência lógica, defender a aplicação retroativa do ANPP, nos termos do art. 5º, XL, da CRFB, implica, necessariamente, defender sua aplicação até mesmo para processos com trânsito em julgado.

O professor Sauvei Lai ainda acrescenta que, segundo seu entendimento, até mesmo um condenado com pena já cumprida poderia ter interesse no ANPP para afastar a reincidência de sua folha de antecedentes criminais. Em tal caso, entende o autor que *"(...) a pena acordada seria absorvida e detraída da pena executada (art. 42 do CP), se (a provavelmente) mais gravosa. Nesse sentido, considerar-se-iam adimplidas as condições de imediato e, assim, viabilizar-se-ia a decretação da extinção de punibilidade e o afastamento da reincidência."*²⁹

Entendemos, todavia, que em qualquer dos casos de aplicação do ANPP de forma retroativa, caso a defesa tenha interesse no acordo, deve requerer ao juízo, no primeiro momento processual em que tenha oportunidade para falar nos autos após o início da vigência da lei da Lei nº 13.964/2019, que inste o Ministério Público a se manifestar quanto ao mesmo, sob pena de preclusão. Se preferir deixar o processo transcorrer, a defesa terá tacitamente demonstrado desinteresse no acordo e que o réu prefere se submeter ao processo criminal.

Entendimento em contrário permitiria que a defesa pudesse optar por somente requerer ao juízo que instasse o Ministério Público a se manifestar quanto ao ANPP após avaliar, por exemplo, se a instrução é favorável a uma eventual condenação ou absolvição, o que violaria todo o sentido da norma que rege o acordo de não persecução penal, que visa justamente a dispensa da prática de atos processuais.

5. Desclassificação da conduta para outra de menor gravidade

A desclassificação, em termos processuais penais, consiste no ato do juiz que reconhece que a classificação criminal inicialmente dada a determinada conduta pelo Ministério Público em exordial não condiz com o que foi apurado através das provas produzidas nos autos do processo.

Nesse sentido, podemos citar como exemplos a hipótese em que há denúncia por roubo e, em sede de sentença, o juiz desclassifica a conduta para furto, ou casos

²⁵ STF - HC: 74305 SP, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/12/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-05-2000 PP-00021 EMENT VOL-01989-01 PP-00206 RTJ VOL-00173-02 PP-00536

²⁶ LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Nº 75, p. 180, jan./mar. 2020.

²⁷ DUTRA, Marcos Paulo. *op cit.*, p. 158.

²⁸ FISCHER, Douglas, *op cit.*

²⁹ LAI, Sauvei, *op cit.*, p. 180.

em que há denúncia por crime doloso contra a vida e o juiz desclassifica a infração para outro crime cujo julgamento não compete ao Tribunal do Júri.

Caso haja desclassificação, sem oposição do Ministério Público, de uma conduta para qual não caiba ANPP para outra para a qual o acordo seja cabível, entendemos que também será cabível o oferecimento do acordo, afinal de contas, não pode o particular ser punido por um erro do estado na capitulação delitiva em sede de exordial ou na apuração dos fatos.

Nesse ponto repisamos os mesmos argumentos já levantados no que se refere à aplicação do ANPP de forma retroativa em processos em curso tanto no que se refere à necessidade de o acordo seja oferecido no primeiro momento processual possível após a desclassificação, devendo a defesa e o Ministério Público zelar por isso, quanto no que se refere à necessidade de preservação da isonomia.

Não pode o estado subtrair de um particular direito que é concedido igualmente a outro que esteja em idêntica situação simplesmente com base no argumento de que a atividade do estado tornou a situação daqueles dois particulares distinta. Tal ideia iria de encontro à própria noção de isonomia, que determina que não pode o estado tratar de forma desigual particulares que se encontrem na mesma situação.

Novamente nos deparamos com situação em que há confronto entre garantias constitucionais, de aplicabilidade imediata (aquelas previstas no art. 5º, *caput*, inciso I, e §1º, da CRFB), com normas infraconstitucionais (no caso, o art. 2º do Código de Processo Penal, que trata da eficácia no tempo da lei processual penal), hipótese na qual entendemos que não há dúvida de que se mostra impositiva a prevalência da norma constitucional.

A redação do §1º do artigo 492 do CPP permite que, no caso de desclassificação na segunda fase do tribunal do júri, o juiz presidente possa aplicar o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099/95, o que possibilita o oferecimento, mesmo após o recebimento da denúncia, já no curso do processo, dos institutos despenalizadores da suspensão condicional do processo e da transação penal, sendo que este último instituto tem clara aproximação ontológica com o ANPP.

Verifica-se, portanto, que o oferecimento, durante o processo, de um instituto criado para ser utilizado na fase pré-processual da persecução penal, como é o caso da transação penal, no caso excepcional de haver ocorrido situação em que se constata erro do estado na classificação de um delito *ab initio*, não é situação que causa espécie ao legislador.

Logo, faz sentido que o mesmo raciocínio possa ser aplicado no que se refere à desclassificação e o cabimento do ANPP no curso do processo, dada a necessidade da preservação de garantias fundamentais de aplicabilidade imediata, com óbvia prevalência hierárquico-normativa sobre normas processuais infraconstitucionais.

6. Conclusão

Em um contexto em que cada vez mais se verifica que o modelo tradicional repressivo de política criminal se mostra insuficiente para oferecer uma resposta às mazelas da sociedade, o ANPP se apresenta como uma novidade legislativa bem-vinda, pois traz um ampliamto das funções institucionais do Ministério Público, tendo por objetivo propiciar que haja uma diminuição do já expressivo número de demandas criminais em curso perante o poder judiciário, permitindo que os órgãos de persecução penal possam atuar com mais ênfase no combate aos crimes de maior gravidade e preservando a primariedade de investigados que confessem terem cometido crimes de menor gravidade e cumpram os requisitos do acordo.

A lei deixa claro que a aferição quanto à existência dos requisitos do acordo é atividade privativa do Ministério Público, o que cria para o *Parquet* um poder-dever institucional.

Essa atribuição do Ministério Público jamais pode ser subtraída pelo poder judiciário, sob pena de desvirtuação do instituto despenalizador. Por tal motivo, somos firmes em defender que, em qualquer dos casos em que defendemos ser cabível de aplicação do ANPP no curso do processo, torna-se necessário que se preserve essa prerrogativa do Ministério Público.

Isso quer dizer que, caso haja processo criminal em curso relativo a caso em que o réu preenche os requisitos objetivos para oferecimento do acordo, cabe ao juiz somente instar o Ministério Público a se manifestar quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos, jamais podendo o magistrado imiscuir-se na função do Ministério Público de avaliação destes.

Dessa forma, se por exemplo o réu foi condenado por crime para o qual caiba ANPP, mas o processo está em curso com manifestações ministeriais que buscam, através de recurso, a condenação do réu por crime mais grave, para o qual não caiba o ANPP, o acordo não será cabível, pois o Ministério Público terá deixado claro que entende que a conduta do acusado não se amolda àquelas suscetíveis ao recebimento da benesse.

Mostra-se necessário, na interpretação das formas de aplicação do ANPP, que a doutrina e a jurisprudência busquem soluções que adequem as regras processuais do instituto com a necessidade de excepcioná-las que, em muitos casos, advirá de seu confronto com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, dada a prevalência hierárquica desses últimos.

Caso haja a aceitação de maneira ampla pela jurisprudência de entendimento que permita o cabimento do ANPP até a fase de ratificação do recebimento da denúncia (art. 399 do CPP) diversas distorções poderão ser facilmente solucionadas, como já explicitamos quando da análise das hipóteses de ausência de manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes seus requisitos objetivos, e dos casos de notificação do investigado somente pela imprensa oficial.

Nesse sentido, entendemos que andou bem o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ao prever, no art. 7º da RES GPGJ 2.429/21, que o prazo de remessa dos autos ao Procurador Geral no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, será aquele da resposta à acusação, nos termos do art. 396-A, do CPP.

Nos termos da referida resolução, caso seja dado provimento pelo Procurador Geral ao pleito de reavaliação da manifestação de recusa, vindo este a propor o acordo ou designar membro do Ministério Público para fazê-lo, inevitavelmente nos depararemos com situação em que o acordo será oferecido após o momento do recebimento da denúncia previsto no *caput* do art. 396 do CPP, ou seja, já na fase processual da persecução penal, que se inaugura com a citação do acusado, conforme previsto no art. 366 do CPP.

Evidencia-se, portanto, que o Ministério Público Fluminense optou, a nosso ver de forma acertada, por privilegiar métodos de efetivação do ANPP que garantam a proteção de direitos e garantias fundamentais sobre regras meramente processuais. Felizmente, tal posição também já vem sendo adotada em algumas decisões do STJ.³⁰

Dada a abrangência do instituto, é natural que haja divergências na doutrina e na jurisprudência quanto às suas hipóteses de aplicação. Inevitavelmente tais discussões refletirão também nas posições institucionais dos principais atores, necessárias para dar efetividade ao ANPP, quais sejam, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e a Advocacia.

Torna-se necessário, todavia, que tais instituições dialoguem entre si para que busquem a uniformização dos procedimentos necessários para que se dê efetividade à vontade do legislador, na busca de soluções que sirvam acima de tudo à sociedade, que deve ser sempre a principal beneficiária da norma penal.

Referências bibliográficas

- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed.
- DUTRA, Marcos Paulo. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo. 1ª edição. Método, 2020.
- FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. www.meusitejuridico.com.br, 11 de julho de 2020, Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>>
- LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Nº 75, jan./mar. 2020.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal – Volume Único*. 10ª ed., Juspodium, 2021,

³⁰ AgRg no REsp 1948350/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios do acordo de não persecução cível. 2. A existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo, está ínsita na atuação funcional do Ministério Público? 3. O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas afetas a outra instância de responsabilização? 4. A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar? Epílogo. Referências.

Resumo

O acordo de não persecução cível, disciplinado no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, tem suscitado dúvidas em relação à existência, ou não, de uma instância de revisão na hipótese de negativa de celebração pelo órgão de execução do Ministério Público com atribuição. O objetivo de nossas reflexões é identificar se essa possibilidade poderia ser considerada como ínsita à atuação funcional do Ministério Público, como desdobramento da “teoria do diálogo das fontes”, ou se poderia ser introduzida por ato regulamentar.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Consensualidade. Diálogo das fontes. Independência funcional. Promotor Natural.

1. Aspectos introdutórios do acordo de não persecução cível

Desdobramento natural da crescente percepção de que a consensualidade deve ser não só admitida como estimulada pelas estruturas estatais de poder, inclusive, no âmbito do direito sancionador, a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, introduziu em nossa ordem jurídica, mais especificamente na Lei nº 8.429/1992, o denominado “*acordo de não persecução cível*”, que veio a ser detalhado pela Lei nº 14.230/2021.

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

A origem dessas mudanças remonta à iniciativa do Presidente da Câmara dos Deputados que, em ato de 22 de janeiro de 2018 (Diário da Câmara dos Deputados de 23/02/2018, p. 9), instituiu uma Comissão de Juristas com o objetivo de apresentar anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992. O trabalho da Comissão, que teve a honra de integrar¹, foi forjado a partir de diversas discussões e com inúmeras audiências públicas, contando com ampla divulgação e sendo entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, apresentado pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018.

A Comissão buscou incorporar à Lei nº 8.429/1992 a jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, além de formular outras propostas, entre as quais se destacam: (a) o fim da figura culposa do art. 10; (b) a revogação do art. 10-A, sendo incorporado ao art. 10; (c) a não configuração da improbidade na hipótese de interpretação razoável de lei, regulamento ou contrato; (d) a cominação da sanção de cassação da aposentadoria; (e) o maior detalhamento da sistemática afeta às sanções, sendo previstas regras sobre a continuidade do ilícito, além de inabilitação para o exercício de outra função pública no período indicado; (f) uniformização do prazo de prescrição em 10 anos, contados a partir do fato; (g) maior detalhamento da parte processual; (h) eliminação da fase prévia; (i) possibilidade de afastamento cautelar para evitar a iminente prática de novos ilícitos; (j) a legitimidade privativa do Ministério Público para ajuizar a ação e (k) a introdução do acordo de não persecução cível.

Como membro da comissão, fui o autor da proposta do denominado “acordo de não persecução cível”. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, que fora inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 181/2017). Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo². A proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, na qual o agente deve oferecer algo ao Poder Público para que o ajuste seja celebrado (v.g.: informações sobre os demais autores do ilícito), o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda, na qual não há essa exigência. Outra preocupação que me direcionou, devidamente recepcionada pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, Conselho Superior ou Câmara de Revisão, com posterior homologação judicial. Esta última exigência era compatível com a natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com

¹ A comissão teve como membros o Ministro Mauro Campbell (presidente), Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello (relator), Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

² Para a melhor compreensão dos distintos ramos do direito sancionador, *vide*, de nossa autoria: O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.

destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, as quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como, principalmente, em razão de o sistema brasileiro adotar o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções também ser competente para homologar o acordo que lhes diga respeito. Registre-se que o primeiro ato normativo a utilizar do instituto cuja criação propus foi o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. Eis o teor do *caput* do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

Ainda em relação à consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, que era vedada pelo art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, o Poder Executivo, pouco tempo após a conclusão dos trabalhos da Comissão, mais especificamente em 19 de fevereiro de 2019, apresentou o PL nº 882/2019, parte do denominado “Pacote Anticrime”. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que “a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”. Como se constata, o preceito carecia de rigor científico no trato dos institutos mencionados. Eram aglutinados instrumentos com funcionalidades bem distintas, como o termo de ajustamento de conduta, utilizado na tutela coletiva em geral, e diversos outros próprios do direito sancionador, com a peculiaridade de que os últimos eram afetos não só à área cível como também ao direito penal e ao direito sancionador administrativo. Não bastasse isto, era prevista a observância de normas substancialmente distintas entre si: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que conferia legitimidade ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração, exigindo homologação judicial; já a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) somente previa, de modo expresse, a legitimidade da pessoa jurídica lesada, sendo que o acordo não carece de homologação judicial. Como se constata, a referência conjunta a institutos tão distintos entre si mais confundia que esclarecia.

O Congresso Nacional, talvez influenciado pela constatação anterior, terminou por utilizar o texto elaborado pela Comissão na redação a ser atribuída ao novel art. 17-A da Lei nº 8.429/1992. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, e que deu origem à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de

legitimidade privativa ao Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil. O argumento era correto. Passou despercebido, nos debates legislativos, que a legitimidade privativa atribuída ao Ministério Público, no texto aprovado pela Comissão, para a celebração do acordo, estava associada à proposta de legitimidade privativa para o ajuizamento da ação. Prever a primeira, dissociada da segunda, era realmente incongruente³.

Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas, pela Lei nº 13.964/2019, nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992: de acordo com o primeiro dispositivo, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”; o segundo, por sua vez, dispõe que, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. A introdução da consensualidade no âmbito da improbidade administrativa foi, sem sobra de dúvidas, uma grande inovação, embora o veto ao art. 17-A tenha acarretado algumas dificuldades hermenêuticas a respeito dos balizamentos a serem observados.

Após regular tramitação, o PL nº 10.887/2018, originado do anteprojeto elaborado pela Comissão e que foi objeto de amplas modificações no âmbito do Poder Legislativo, resultou na Lei nº 14.230/2021, que deu azo a uma “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. Com isso, foi inserido um art. 17-B na Lei nº 8.429/1992, que detalhou o procedimento a ser observado para a celebração do acordo de não persecução cível.

QUADRO COMPARATIVO

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
Art. O Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível com aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo cível, desde	Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados	Art. 17-B O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

³ Essa incongruência voltou a se manifestar no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão monocrática proferida em sede de cognição sumária, realizou interpretação conforme à Constituição do *caput* e dos §§ 6º-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, para manter a legitimidade disjuntiva e concorrente entre a Fazenda Pública e o Ministério Público para o ajuizamento da ação por ato de improbidade (ADI nº 7.042 e 7.043, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão de 17/02/2022). Embora tenha sido pedida, não foi deferida a medida cautelar para que a legitimidade disjuntiva fosse estendida à celebração dos acordos de não persecução cível.

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
<p>que dessa colaboração, conforme as circunstâncias do caso concreto, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> <p>§ 2º O acordo deve estipular o pagamento de multa, vedada a sua fixação em patamar inferior a 20% do máximo cominado para o ato praticado e, eventualmente, as demais sanções com delimitação temporal, que não devem ser fixadas em patamar inferior a 50% do máximo cominado.</p>	<p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.</p> <p>§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> <p>§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p>	<p>I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.</p> <p>§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.</p> <p>§ 4º O acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.</p>

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
<p>§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§ 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação, que poderá negar-se a fazê-lo em sendo detectado vício de forma.</p>	<p>§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§ 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>	<p>§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§ 1º A celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo dependerá, cumulativamente:</p> <p>I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;</p> <p>II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;</p> <p>III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.</p> <p>§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.</p>

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
		<p>§ 6º O acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.</p> <p>§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.”</p>

Como se constata, em nenhum momento, mesmo em relação aos trabalhos preparatórios, o art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 estabelece uma instância revisora na hipótese de negativa do órgão de execução do Ministério Público em celebrar o acordo de não persecução cível. Com os olhos voltados a essa constatação, o objetivo de nossas breves reflexões é o de oferecer respostas a três questionamentos: I) A existência de uma instância revisora está ínsita na atuação funcional do Ministério Público? II) O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas de outra instância de responsabilização? III) A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar? Para tanto, é adotado o viés metodológico da pesquisa normativa e bibliográfica, de modo a delinear conceitos e institutos que direcionarão a estruturação dessas respostas.

2. A existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo, está ínsita na atuação funcional do Ministério Público?

Fruto da aguçada percepção de Otto Gierke, há muito está sedimentada na doutrina administrativista a concepção de que os órgãos são centros de competência, ocupados por agentes públicos, que se destinam ao cumprimento das atividades finalísticas do Estado. O órgão, assim, tem duas características essenciais: a institucional (*institutionelle*), indicando a sua integração à estrutura administrativa, e a funcional (*funktinonelle*), apontando para as competências que está legalmente autorizado a exercer⁴. Não pode haver conduta estatal sem competência. Estrutura orgânica e competência são como o corpo e a alma, não sendo possível conceber a existência de um desacompanhado do outro. Competência, assim, não é mero fator agregado e secundário ao órgão, mas a sua própria identidade. Em um Estado de Direito, a competência há de encontrar sustentação no referencial mais amplo de juridicidade, não podendo ser colhida no imaginário, individual ou coletivo.

Com os olhos voltados ao Ministério Público, tanto as atribuições da Instituição como as de seus órgãos de execução devem estar previstas em normas jurídicas. Por outro lado, para responder ao questionamento que inaugura este tópico, é imprescindível compreendermos o alcance da garantia da independência funcional e o objetivo a ser alcançado com o princípio do Promotor Natural.

A independência funcional, em suas linhas gerais, busca assegurar ao Ministério Público o exercício independente de suas relevantes funções, possibilitando uma proteção adequada contra as retaliações que seus membros certamente sofreriam sempre que contrariassem os detentores do poder, político ou econômico, ou mesmo aqueles adeptos ao tráfico de influências. De acordo com esse princípio, aos membros do Ministério Público são direcionadas duas garantias vitais ao pleno exercício de suas funções: a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais, de modo que o seu juízo de valor deve preponderar; b) não podem ser responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial. A independência funcional dos membros do Ministério Público recebeu especial atenção do Constituinte originário, o qual, além de consagrá-la no art. 127, § 1º, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público (art. 85, II).

O princípio do Promotor Natural indica que somente o membro do Ministério Público com atribuição, observados critérios abstratos e pré-estabelecidos em lei, deve atuar em um caso concreto. Trata-se de princípio implícito no texto constitucional e que deflui das garantias da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, b), da independência funcional desses agentes (art. 127, parágrafo único),

⁴ Cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 527-528.

do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do direito de somente ser processado pela autoridade competente (art. 5º, LIII). Em um primeiro momento, analisando unicamente o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a eficácia imediata do princípio, prevalecendo o entendimento de que demandaria integração legislativa.⁵ Com a promulgação da Lei nº 8.625/1993 e da Lei Complementar nº 75/1993, o Tribunal passou a reconhecer a eficácia do princípio.⁶ Ato contínuo, verificou-se uma ligeira vaga de refluxo, na qual chegou-se a afirmar a incompatibilidade do princípio com os princípios institucionais do Ministério Público.⁷ A vaga de refluxo, no entanto, logo foi superada, sendo reconhecido que o princípio é realmente extraído da ordem jurídica brasileira e que a sua funcionalidade é a de proteger o indivíduo contra o arbítrio. Indica a proscrição do “acusador de exceção”, considerado como tal aquele designado à margem dos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica⁸.

A partir dessas considerações introdutórias, já é possível afirmar que somente o membro do Ministério Público cuja atribuição esteja prevista na ordem jurídica pode atuar em um caso concreto. Além disso, os juízos de valor que venha a formar são protegidos pela garantia da independência funcional, o que significa dizer que não podem sofrer a influência de outros agentes, pertençam, ou não, ao Ministério Público. Exercer as atribuições afetas a outro órgão do Ministério Público ou alterar o teor de ato já praticado, o que é rotineiro no âmbito da Administração Pública em geral, regida que é pelo princípio hierárquico, caracteriza severa afronta ao princípio do Promotor Natural.

Para que o ato praticado por um órgão de execução possa ser revisto por outro, é necessário que essa atribuição seja criada, reiniciando-se o ciclo protetivo acima referido, de modo que haja a incidência da garantia da independência funcional e do princípio do Promotor Natural em relação à atuação do órgão revisor. É o que se verifica, por exemplo, na necessidade de homologação da promoção de arquivamento do

⁵ STF, Pleno, HC n. 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/08/1992, *DJU* de 01/07/1993. No mesmo sentido: 2ª T., HC n. 68.966/RJ, rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, j. em 27/10/1992, *DJU* de 07/05/1993.

⁶ STF, Pleno, HC n. 69.599/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.06.1993, *DJU* de 27/08/1993, p. 17.020. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC n. 70.290/RJ, caso “Jogo do Bicho”, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/06/1993, *Revista do MPRJ* n. 10/291; 1ª T., HC n. 71.429/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/1994, *DJU* de 25/08/1995, p. 26.023; 2ª T., HC n. 77.723/RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 15/09/1998, *DJU* de 15/12/2000, p. 063; e 1ª T., RE n. 255.639-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, *Inf.* n. 217/2001.

⁷ STF, 1ª T., RE n. 387.974/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/10/2003, *Inf.* n. 326 e 328. Eis a base fática do acórdão: a partir de representação oferecida pelo Ministro Carlos Velloso, então Presidente do Tribunal e que teria sido ofendido em sua honra em depoimento prestado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República designou o Procurador-Chefe da Procuradoria-Geral da República no Distrito Federal para atuar no caso. Impetrado *habeas corpus* contra essa designação, a ordem foi denegada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, interposto recurso ordinário, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a alegação de violação ao princípio do Promotor Natural, anulou o processo desde o ato ilegal de designação e determinou o retorno dos autos ao Ministério Público para distribuição aleatória. Ante a ausência de manifestação recursal do Ministério Público, o ofendido habilitou-se como assistente de acusação e interpôs recurso extraordinário, sustentando, em síntese, a inexistência do princípio do Promotor Natural.

⁸ Nesse sentido: 2ª T., HC n. 103.038/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2011, *DJU* de 27/10/2011; 1ª T., HC n. 95.447/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19/10/2010, *DJU* de 17/11/2010; HC n. 96.700/PE, rel. Min. Eros Grau, j. em 17/03/2009, *DJU* de 14/08/2009.

inquérito civil pelo Conselho Superior (Lei nº 7.347/1985, art. 9º). Outro aspecto digno de nota é o de que essa possibilidade de revisão, quando adotada, está normalmente associada a um *non facere*, não a um *facere*. Em outras palavras, o seu objetivo não é o de obstar a atuação do Ministério Público, considerando a avaliação realizada pelo respectivo órgão de execução na adoção de medidas de proteção a determinado bem jurídico. O que se almeja é que esta atuação ocorra, o que pressupõe a revisão da negativa inicial.

Em resposta ao questionamento inaugural, é possível afirmar que a existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo de não persecução cível, não está insita na atuação funcional do Ministério Público.

3. O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas afetas a outra instância de responsabilização?

A teoria do diálogo das fontes tem sua estruturação comumente atribuída ao germânico Erik Jayme⁹, que discorreu sobre a temática em seu *Curso Geral de Direito Internacional Privado*, isto com o objetivo de oferecer soluções adequadas para o conflito de normas no espaço a partir da identidade cultural do indivíduo, o que traz consigo uma base axiológica que não pode ser desconsiderada. Como já tivemos oportunidade de afirmar¹⁰, a coexistência de Estados soberanos, com a correlata presença de uma pluralidade de ordens jurídicas, exige sejam estabelecidos limites ao império de cada uma dessas ordens. O delineamento desses limites mostra-se imprescindível ao controle do seu potencial expansivo e à resolução dos conflitos que venham a eclodir entre as distintas ordens, sempre que ambas tenham a pretensão de incidir numa mesma esfera espacial.¹¹ Fala-se em conflito de leis no espaço quando uma dada situação jurídica esteja vinculada a mais de um Estado, sendo necessário escolher, entre as respectivas leis, aquela que será utilizada na sua regulação.¹² Conflitos dessa natureza decorrem da movimentação dos povos e da circulação de riquezas,¹³ ensejando o surgimento de dois questionamentos básicos: 1º) a jurisdição interna é competente para julgar o caso? 2º) positiva a resposta anterior, que direito será aplicável?¹⁴

Para oferecer uma resposta adequada a esses questionamentos, Erik Jaime avançou nos conflitos de nacionalidade; na situação dos refugiados quando confrontados com a lei nacional, na proteção das minorias nos conflitos inter-regionais; nos conflitos interpessoais e em questões extremamente variadas, a exemplo da

⁹ Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye em 1995*, tome 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 33-265.

¹⁰ Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 501.

¹¹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de Droit Romain, Tome Huitième*. Trad. por GUENOUX, M. Ch. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut, 1851, p. 6-7.

¹² Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul; e LOUSSOUAM, Yvon. *Droit International Privé*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1970, p. 5.

¹³ Cf. LEFLAR, Robert A. *American Conflicts Law*. New York: The Bobbs Merrill Company, 1968, p. 13-14; e CASTEL, J.G. *Canadian Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths, 1975, p. 1.

¹⁴ Cf. MORRIS, J. H. C. *The Conflict of Laws*. London: Steven and Sons Limited, 1971, p. 5; e LIPSTEINS, K., in *Dacey's Conflict of Laws*. 6ª ed. London: Stevens & Sons – Sweet & Maxwell, 1949, p. 2.

adoção internacional, da competência jurisdicional na área da infância e da juventude, bem como da proteção do patrimônio cultural nacional. Em sua construção, buscou demonstrar que os conflitos de normas que podem surgir entre os comandos de convenções multilaterais e aqueles dos sistemas nacionais devem ser resolvidos com a coordenação das duas fontes e, em se tratando de conflito entre convenções, a matéria é normalmente tratada no âmbito do direito internacional público, que costuma se socorrer da aplicação da lei mais favorável, devendo ainda ser aplicadas as convenções regionais, com destaque para o direito comunitário europeu, e o direito internacional privado¹⁵.

Ao se referir ao direito internacional privado pós-moderno, Erik Jayme assim externou sua compreensão a respeito do conceito de “*diálogo das fontes*”: “*quando se fala em comunicação no direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de leis surge como resultado de um diálogo entre fontes que não se excluem mutuamente; eles ‘falam’ entre si. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes ouvindo o que elas dizem*”.¹⁶ Na medida em que suas reflexões tinham por objeto o Direito Internacional Privado, não há qualquer dúvida de que a funcionalidade do “diálogo” era a de, tanto quanto possível, afastar ou mesmo amenizar o conflito entre normas emanadas de fontes distintas e independentes entre si, passíveis de serem aplicadas ao mesmo caso concreto. Sua construção está alicerçada na unidade do direito, o que significa dizer que os comandos normativos devem ser interpretados de modo sistêmico, em uma relação de contínua complementariedade. Antinomias, ao invés de serem solucionadas, passariam a ser evitadas. Para tanto, é necessário que as normas incidam em planos convergentes de natureza espaço-temporal, embora esses planos não sejam idênticos. Em outras palavras, estamos perante círculos normalmente secantes, não concêntricos.

A doutrina de Erik Jayme veio a ser utilizada, em nossa realidade, no âmbito da tutela de interesses difusos e coletivos, o que, longe de ser uma espécie de árbitro metodológico, era uma atitude racional. Afinal, o diálogo das fontes tornou-se exigência necessária em uma quadra histórica pós-codificação, em que leis esparsas e microsistemas normativos coexistem na ordem jurídica, não raro incidindo de modo parcial e com regulamentação distinta sobre o mesmo objeto. A coexistência de normas de caráter geral com outras direcionadas a interesses específicos, a exemplo do patrimônio público, do meio ambiente, da cidade, da metrópole, da infância e da adolescência, do idoso, do consumidor, da pessoa com deficiência etc., falam por si. De qualquer modo, para que o diálogo exista, e isto foi bem percebido por Cláudia Lima Marques¹⁷, a principal difusora da construção de Erik Jaime em nossa realidade, é necessário que as normas sejam aplicadas ao mesmo tempo e no mesmo caso, seja em caráter complementar, seja subsidiário, devendo ser admitida a opção por uma

¹⁵ *Cours general de droit international privé...*, p. 82-83.

¹⁶ *Cours general de droit international privé...*, p. 259.

¹⁷ Manual de direito do consumidor. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada por BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

delas, o que torna a solução flexível e aberta, possibilitando que sejam alcançados os referenciais de coerência sistêmica, justa e igualdade material.

Essa construção teórica conquistou, de modo justo e merecido, grande aceitação em nossa realidade. Aliás, não poderia ser diferente. Assim se afirma por uma razão muito simples: a unidade e a coerência da ordem jurídica desde sempre são preconizadas pela teoria geral do direito. Luis Recaséns Siches¹⁸, por exemplo, escrevendo há pouco mais de meio século, ressaltava o caráter multiforme e dispar dos comandos jurídicos (leis, sentenças, contratos, costumes etc.), que têm "*origens diversas, hierarquias distintas, matérias diferentes, variados âmbitos de validade, qualidades díspares etc.*", não desautorizando a conclusão de que "*eles constituem uma totalidade, diríamos como orgânica, sistemática, desde o ponto de vista meramente formal, pois, se assim não fosse, não seria possível uma ordem jurídica positiva*".

Ocorre que a aceitação da teoria, com a vênua possível, parece estar avançando em searas estranhas à preservação da coerência sistêmica da ordem jurídica, sendo esta justamente a base de desenvolvimento da teoria em sua adaptação para o direito interno. Para que haja um diálogo entre as fontes, é necessário, acima de tudo, que elas estejam aptas a dialogar. De modo metafórico, é possível dizer que falantes do chinês não dialogam com falantes do árabe, ao menos não por meio da linguagem falada. Para que o diálogo seja possível, é necessário que se fale a "mesma língua". Para que fontes do direito possam dialogar, é necessário que haja um liame entre elas. E esse liame, convenientemente esquecido em algumas ocasiões, está presente com a potencial incidência, no mesmo plano espaço-temporal, de normas oriundas de fontes distintas. Em outras palavras, é necessário que essas normas possam alcançar, com sua hipótese de incidência, a mesma situação concreta. Portanto, não há possibilidade de diálogo entre fontes árabes e chinesas para a solução de uma questão puramente inglesa. Vale lembrar, com Arthur Kaufmann¹⁹, que "*fontes de direito em sentido próprio são apenas as normas que sejam determinantes para a decisão jurídica em face duma situação da vida*". Ora, normas que não se aplicam a uma dada situação da vida sequer serão consideradas, naquela situação em particular, fontes de direito.

Não há que se falar em diálogo das fontes para legitimar a arbitrária aplicação, a uma dada situação fática, de normas direcionadas a situações ontologicamente distintas. Obrar em contrário não teria qualquer correlação com os referenciais de convergência das fontes e complementariedade ou subsidiariedade na aplicação das normas a que dão origem. Aliás, a similitude entre as situações é o pano de fundo do clássico instituto da analogia, na qual ocorre a aplicação da norma jurídica a situações ordinariamente não alcançadas por ela, mas que ostentam uma identidade de razões em relação àquelas a que se dirige.²⁰ Trata-se de técnica de integração normativa cuja funcionalidade é dispensar tratamento igual àquilo que é igual,

¹⁸ *Introducción al Estudio del Derecho*. 14ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 165-166.

¹⁹ *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de CORTÉS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 150.

²⁰ No conhecido brocardo romano: "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*".

princípio essencial a qualquer concepção de Direito.²¹ Acresça-se a tradicional divisão entre “*analogia legal*” e “*analogia jurídica*”: a primeira consistiria na integração da lacuna com a aplicação de uma regra legal específica e, a segunda, com a aplicação dos princípios que regem o sistema²². A lacuna, no entanto, não se confunde com o silêncio eloquente²³, no qual se opta por um *minus* normativo em relação a certas situações quando cotejadas com outras.

O conhecido postulado da unidade da ordem jurídica, lugar comum na teoria do direito, é consequência lógica da conexão linguística e da coerência sistêmica que devem caracterizar todo e qualquer arcabouço normativo. Interpretar uma disposição normativa significa interpretar toda a ordem jurídica. Aliás, como ressaltado pelo Tribunal Constitucional Español, “*cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el sentido del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado*” (Sentença nº 150, de 4/10/1990). Integrar as normas de um ordenamento jurídico não significa dizer que umas podem ser aplicadas no lugar de outras ao sabor das conveniências do intérprete, a partir de uma visão particular de justiça e à margem de compartimentações realizadas pelo legislador democraticamente legitimado, a não ser que essas opções se mostrem inconstitucionais. A integração aponta para a compreensão das múltiplas facetas do ordenamento jurídico, que nada mais são que partes de um todo, apresentando funcionalidades e peculiaridades próprias, convergindo na disciplina do ambiente sociopolítico, aproximando-se ou distanciando-se conforme os objetivos a que se destinam. O corpo humano é um todo unitário, mas os olhos não podem exercer as funções dos ouvidos e estes as da boca, embora estejam todos necessariamente integrados entre si.

A construção da igualdade material, não se ignora, é um referencial de indiscutível relevância em qualquer ambiente sociopolítico. Apesar disso, em um Estado de Direito, tal há de ser alcançado com o amparo do direito, não com alicerce único e exclusivo no imaginário individual. Situações de igualdade formal e de igualdade material estão normalmente articuladas com posições opostas aos valores que apregoam. Nos Estados contemporâneos, não é incomum constatarmos a presença, no plano jurídico, de uma igualdade formal, e, no plano fático, de uma flagrante desigualdade material. Iguais na lei, desiguais na realidade. Por outro lado, presente a preocupação com a igualdade material, será ela inevitavelmente

²¹ Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*). Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 531.

²² Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed. Rio: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 35.

²³ A temática do “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: na interpretação bíblica (vide Jürgen Ebach. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014); na arte (vide Stefan Greif. *Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dicker*. Deutschland: Fink, 1999); na técnica literária (vide Uwe Ruberg. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978); e Stefan Krammer. “*redest nicht von Schweigen...*” *zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Köngshansen & Neumann, 2003, principalmente p. 31 e ss.); no Direito (Stefhan Madaus. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigunginsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, principalmente p. 248 e s.) etc.

acompanhada de uma desigualdade formal, já que a lei veiculará discriminações positivas com o objetivo de atenuar a real posição de inferioridade de certos grupos. É o que os anglo-americanos denominam de “*reverse discrimination*” e os alemães de “*umgekehrter Diskriminierung*”, indicando o favorecimento dos membros de um grupo historicamente inferiorizado, o que normalmente se dá às expensas ou em detrimento de grupos que, nesse contexto histórico, ocupam uma posição de preeminência.²⁴ Desiguais na lei, tendencialmente iguais na realidade. Fala-se em tendencialmente iguais na medida em que a lei, ainda que sistêmica e finalisticamente imbuída dos melhores propósitos, normalmente só terá êxito na atenuação das diferenças, não na sua total supressão.

Aqueles que almejam fazer do diálogo das fontes o lenitivo para todos os males, normalmente se socorrem de algum traço comum entre as situações fáticas, ainda que tenham natureza substancialmente distinta. A partir daí, invocam um referencial de justiça, que normalmente tangencia a concepção de igualdade material, na tentativa de legitimar a sua escolha. As tentativas de manipulação da teoria do diálogo das fontes, de modo a legitimar o arbítrio do intérprete na própria ordem jurídica, traz à lembrança a escola do “*direito livre*”, que realçava a liberdade do intérprete em se distanciar do direito legislado, por não ser a fonte exclusiva do direito, sempre que as necessidades sociais o exigissem. Como ressaltado por Arthur Kaufmann,²⁵ “*Freirecht*” significa “*livre da lei*” (“*frei vom Gesetz*”). O cerne dessa teoria se situava no reconhecimento de que o direito era um fenômeno social e que nem sempre o direito positivo conseguia acompanhar as vicissitudes do ambiente sociopolítico. Kantorowicz adotava uma postura mais extremada, entendendo que acima do direito legislado estava o “*direito vivo do povo*”, o “*direito justo*”, que deveria ser apreendido na realidade social e aplicado às situações litigiosas, preferindo o “*direito*” que se distanciasse das aspirações de justiça próprias da sociedade.²⁶ O justo seria alcançado no plano concreto, recebendo grande influência emotiva e se mostrando insuscetível a um efetivo controle de racionalidade. Ehrlich²⁷, por sua vez, desenvolveu uma construção mais moderada, entendendo que o juiz somente teria liberdade para criar a norma adequada ao caso quando o texto da lei não oferecesse uma solução. Com isso, afasta-se dos dogmas do positivismo neutral e busca valorizar a própria *ratio essendi* do direito, vale dizer, o comprometimento com o bem estar social, permitindo a sua união aos padrões

²⁴ Cf. STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*. 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 150-151; e BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, 5ª reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 535.

²⁵ *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*. In: ELLScheid, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. p. 26 (120).

²⁶ De acordo com Kantorowicz, um dos ideais do direito livre seria a justiça, com especial deferência à liberdade e à personalidade (*La lucha por la ciencia del derecho*). In: GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia del derecho*: Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325 (367-369).

²⁷ *Ifondamenti della sociologia del diritto (Grundlegung der Soziologie des Rechts)*. Trad. de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1976, p. 9 e ss.

ético-comportamentais predominantes no ambiente sociopolítico²⁸. Tanto o direito livre como o direito estatal exerceriam influência sobre a sociedade: o primeiro de modo espontâneo, o segundo com o auxílio da coerção.²⁹⁻³⁰

A partir dessas considerações, concluímos pela impossibilidade de se utilizar a “teoria do diálogo entre as fontes” para se legitimar a aplicação das normas afetas à recusa de celebração do acordo de não persecução penal, também disciplinado pela Lei nº 13.964/2019, ao acordo de não persecução cível. Trata-se do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. A impossibilidade decorre de cinco razões básicas: (1ª) o preceito é direcionado à instância de responsabilização de natureza penal, enquanto a improbidade administrativa está integrada à instância cível; (2ª) o direito brasileiro adota o sistema de independência entre as instâncias, que somente se comunicam entre si nos estreitos limites estabelecidos pela ordem jurídica, o que não é o caso; (3ª) normas afetas ao processo penal não apresentam uma convergência, no plano espaço-temporal, com normas do processo civil ou do processo administrativo, de modo que todas incidam, simultaneamente, sobre a mesma situação concreta; (4ª) a ausência de instância revisora decorre de um silêncio eloquente, não de uma lacuna normativa, o que é facilmente constatado ao observarmos que ambos os acordos, o penal e o cível, foram introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, que somente previu a revisão em relação ao primeiro; e (5ª) a negativa de celebração de acordos, no âmbito da tutela dos interesses difusos, não conta, historicamente, com uma instância de revisão.

4. A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar?

As atribuições do Ministério Público, a exemplo do que se verifica com a generalidade das estruturas estatais de poder, devem estar previstas em lei. Considerando o objeto de nossas reflexões, a lei pode ser vista como o elemento pendular que, de um lado, inaugura as atribuições do órgão de execução, permitindo que a independência funcional se torne operativa com toda a sua força e intensidade e, de outro, pode criar uma instância revisora para os atos praticados, afastando a definitividade do juízo de valor anteriormente realizado com base na independência funcional.

²⁸ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria: Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 466-488.

²⁹ KANTOROWICZ. *La lucha...*, p. 325 (335).

³⁰ Na realidade brasileira, a exemplo do que se verifica em diversos outros Estados de Direito, são encontradas versões da concepção sociológica de Kantorowicz e Ehrlich, como o “direito achado na rua” (DE SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Ideias para a cidadania e para a justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008) e o “direito alternativo” (BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Direito alternativo em movimento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), em que se preconiza uma justiça democrática radical, com intenso debate entre órgãos jurisdicionais e população, ainda que sejam alcançadas soluções à margem dos balizamentos oferecidos pelo Legislativo.

Não há possibilidade, ao menos não de acordo com a ordem jurídica, de serem criadas instâncias revisoras por intermédio de ato regulamentar. A clássica funcionalidade dos regulamentos, a de “*fiel execução das leis*”, denota que o exercício do poder regulamentar encontra os seus limites naturais na lei. Não pode restringir ou ampliar o seu âmbito de eficácia, mas, apenas, assegurar a sua fiel execução. Ainda no Império, Pimenta Bueno³¹ advertia que o Poder Executivo tem atribuição para executar, e não fazer a lei. Há nítida violação a esse dogma quando o regulamento cria direitos ou obrigações novas, não derivados, portanto, da interpretação da lei, o que importa em usurpação da competência legislativa. Cria-se, com isso, um legislativo dual e sequencial, vale dizer, o primeiro faz, o segundo aperfeiçoa. Não pode, pelas mesmas razões, ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações previstos em lei. Caso o faça, modifica a lei à margem do processo legislativo. Se ordena ou proíbe o que a lei não ordena ou não proíbe, ainda que sob o argumento de suprir as suas lacunas, ultrapassa o terreno da execução, que há de ser mero desdobramento dos comandos legais. O regulamento, de fato, inova, mas inova, apenas, ao esmiuçar os comandos legais, aclarando o modo de executá-los. Desenvolve o direito, de modo a “*torná-lo o mais possível aplicável*”.³² Essa conclusão não é afastada mesmo em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, o qual, no exercício da competência a que se refere o art. 130-A, § 2º, I, da Constituição de 1988, somente pode editar atos regulamentares, não editar leis. O fato de estarmos perante um “*poder normativo primário*”, por ser auferido diretamente da Constituição, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal (ADC nº 12, que tinha por objeto a proscricção do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário), não o nivelou nem poderia nivelá-lo à lei. Afinal, estamos em um Estado Democrático de Direito, no qual a ordem constitucional previu que as distintas feições afetas ao Ministério Público e aos seus membros seriam delineadas em lei.

Apesar dessa constatação, o que se verifica é uma pródiga produção normativa no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público. Verifica-se, ainda, grande dificuldade no delineamento de limites para o exercício do poder regulamentar. Ao interpretar o inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988, 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, em algumas ocasiões, 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. Esses atos regulamentares, regra geral, não têm incursionado no âmbito funcional.

³¹ Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 233.

³² Cf. CARRAZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 67.

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução CNMP nº 126, de 29 de julho de 2015, que inseriu na Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007, um art. 9º-A com o seguinte teor:

Art. 9º-A 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.

De acordo com essa regra, o membro do Ministério Público que concluir que a Instituição não deve atuar em determinada situação, *munus* que recairia sobre agente vinculado a outro ramo, deve submeter o seu juízo de valor ao “*órgão de revisão competente*”. Esse órgão, considerando os objetivos da referida Resolução, é o Conselho Superior ou a Câmara de Revisão. Apesar da aparente inovação trazida pelo ato regulamentar, cremos que a revisão ali referida já decorre do próprio sistema. Em outras palavras, se os conflitos de atribuição no âmbito de cada Ministério Público são resolvidos por um órgão da Administração Superior, essa mesma estrutura deve poder reavaliar uma manifestação que entenda que o Ministério Público não deve atuar ou que outro ramo deve fazê-lo. Embora não haja hierarquia no plano funcional, o mesmo não pode ser dito no plano administrativo, seara na qual está integrada a alocação dos membros da Instituição e a adoção de medidas que assegurem o pleno exercício de suas atividades laborativas.

Ainda que o referido poder de revisão já decorresse do sistema, a verdade é que, até então, não era exercido. Apesar disso, não creio que essa medida possa ser vista como uma inovação do Conselho Nacional do Ministério Público, salvo, obviamente, em relação ao órgão que deve realizar essa revisão, que deveria ser o mesmo que declara as atribuições dos órgãos de execução.

A exigência de previsão legal para a criação de uma instância de revisão decorre, como dissemos, da necessidade de que as competências de um órgão estejam alicerçadas em previsão legal. Especificamente em relação ao Ministério Público, essa instância terminará por comprimir a liberdade valorativa do órgão de origem, que deixará de ser definitiva e passará a ser provisória, o que exige grande parcimônia na sua previsão, sob pena de colocar em risco a garantia da independência funcional e, em última *ratio*, o princípio do Promotor Natural, já que qualquer manifestação poderia ser casuisticamente revista, daí surgindo o risco de que interesses menos nobres passassem a ser privilegiados.

Epílogo

A negativa de celebração do acordo de não persecução cível, previsto no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, inserido pela Lei nº 14.230/2021, à mingua de lei que o preveja, não é suscetível de revisão por órgão da Administração Superior do Ministério

Público. Trata-se de verdadeiro silêncio eloquente, insuscetível de preenchimento com o uso da analogia, e que não pode ser contornado com a criação dessa instância de revisão por meio de ato regulamentar, ou mesmo com a invocação da “teoria do diálogo entre as fontes”, já que esta última pressupõe uma pluralidade de normas potencialmente incidentes sobre o mesmo objeto, não legitimando a aplicação de normas direcionadas a objetivo diverso, estranho ao objeto analisado.

Referências

- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed. Rio: Livraria Francisco Alves, 1955.
- BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitucion Reformada*, Tomo I, 5ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- CARRAZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTEL, J.G. *Canadian Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths, 1975.
- EBACH, Jürgen. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014.
- ERLICH, Eugen. *I fondamenti della sociologia del diritto (Grundlegung der Soziologie des Rechts)*. Trad. de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1976.
- GARCIA, Emerson. O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.
- _____. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GREIF, Stefan. Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: *Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dickter*. Deutschland: Fink, 1999.
- JAIME, Erik. Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye em 1995*, tome 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 33-265.

- KANTOROWICZ, Ernst. La lucha por la ciencia del derecho. In: GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia del derecho*: Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- _____. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: ELLSCHEID, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. p. 26.
- KRAMMER, Stefan. *“redest nicht von Schweigen...” zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Königshansen & Neumann, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*. Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEFLAR, Robert A. *American Conflicts Law*. New York: The Bobbs Merrill Company, 1968.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul; e LOUSSOUAM, Yvon. *Droit International Privé*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1970.
- LIPSTEINS, K., in *Dacey's Conflict of Laws*. 6ª ed. London: Stevens & Sons – Sweet & Maxwell, 1949.
- MADAUS, Steffhan. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigunginsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada por BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.
- MORRIS, J. H. C.. *The Conflict of Laws*. London: Steven and Sons Limited, 1971.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 14ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970.
- RUBERG, Uwe. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de Droit Romain, Tome Huitième*. Trad. por GUENOUX, M. Ch. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut, 1851.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Ideias para a cidadania e para a justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*. 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.

Covid-19, vacinação infantil e volta às aulas: um estudo sobre a possibilidade de se proibir a matrícula e a frequência escolar da criança como meio de coerção indireto para compelir os pais a imunizarem seus filhos¹

Covid-19, children immunization and school time: a study on the possibility of prohibiting the enrollment and school infant attendance as indirect coercion to compel parents to immunize their children

Heleno Ribeiro P. Nunes Filho*

Sumário

1. Introdução. 2. Da obrigatoriedade da vacinação infantil contra a Covid-19. 3. Proibição de matrícula e frequência escolar, ausência de fundamento legal e dupla violação de direitos. 4. Conclusão.

Resumo

O presente trabalho visa analisar de forma objetiva os fundamentos jurídicos por trás da discussão acerca da possibilidade ou não de impedir a matrícula e a frequência escolar das crianças e adolescentes não vacinados como forma de coerção indireta para compelir os pais a cumprirem o seu dever legal de imunização dos seus filhos. Com especial foco na Covid-19, o estudo perpassa pela análise jurídica dos fundamentos legais para sustentar a conclusão alcançada, destacando a necessidade de nos debruçarmos sobre o tema. A partir da fixação da premissa de obrigatoriedade da vacinação dos infantes contra a Covid-19, conclui-se pela ausência de fundamento legal para o uso de tal proibição como instrumento coercitivo e pela adoção de uma solução que assegure a concretização tanto do direito à educação como do direito

¹ O conteúdo desta publicação não retrata a *posição* institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mas apenas a opinião pessoal do autor do texto.

* Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Tutela Coletiva da Saúde, da Educação, da Assistência Social e da Pessoa com Deficiência em diversos cursos jurídicos (v.g. AMPERJ, Supremo, RJPLUS, Ciclos, entre outros).

à saúde destas pessoas em desenvolvimento; evitando, assim, uma dupla violação de direitos fundamentais.

Abstract

This paper aims to objectively analyze the legal foundations behind the discussion of the possibility to forbid the enrollment and school unvaccinated infant attendance as indirect coercion to compel parents to fulfill their legal duty to immunize their children. With a special focus on Covid-19, the study goes through the analysis of the legal grounds to support the conclusion reached, emphasizing the need to address the issue. From the premise of the mandatory infant's immunization against Covid-19, the conclusion is that there is no legal basis for the use of such prohibition as a coercive instrument, and the adoption of a solution that ensures the realization of both the right to education and the right to health of these people in development; thus avoiding a double violation of fundamental rights.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Direito à Educação. Vacina. Ministério Público. Direitos fundamentais.

Keywords: *Right to health. Right to education. Immunization. Attorney General's Office. Fundamental rights.*

1. Introdução

Em fevereiro de 2022, o Brasil completou dois anos de pandemia formalmente reconhecida². E, apesar dos anseios do Poder Público, a COVID-19 continua sendo pauta nos debates envolvendo as estratégias a serem adotadas no campo das políticas públicas.

Recentemente, com a inclusão pelo Ministério da Saúde das crianças de 5 a 11 anos na campanha de vacinação contra a Covid-19 (PNO)³, as discussões se voltaram especificamente para a obrigatoriedade ou não dos pais e responsáveis vacinarem seus filhos; e se, em caso de inércia, seria possível impedir a matrícula e o retorno destas crianças às aulas presenciais nas escolas públicas e privadas.

A complexidade da questão não é irrelevante. Afinal, perpassa por sensíveis aspectos da vida em sociedade, cujo desafio central é garantir direitos diante da

² A Portaria nº 188 de 3 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV); reconhecendo, pois, que a pandemia mundial havia chegado ao nosso país.

³ Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/ministerio-da-saude-inclui-criancas-de-5-a-11-anos-na-campanha-de-vacinacao-contra-a-covid-19#:~:text=VACINA%C3%87%C3%83O%20INFANTIL-,Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20inclui%20crian%C3%A7as%20de%205%20a%2011%20anos,vacina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20a%20Covid%2D19&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20anunciou,11%20anos%20n%C3%A3o%20ser%C3%A1%20obrigat%C3%B3ria.>

coexistência de diferentes percepções ideológicas, científicas, religiosas e políticas dos indivíduos que a compõem⁴.

Mas se, por um lado, todas estas percepções e ideologias se exteriorizam de maneira desorganizada e sem qualquer compromisso com a ordem jurídica na mídia e nas redes sociais; por outro, é imprescindível que os atores do Poder Judiciário salvaguardem sua atuação em sólidos fundamentos legais.

Caso contrário, a concretização do ditado popular “cada cabeça, uma sentença” colocará o subjetivismo em uma indesejada posição de evidência; acabando, assim, com qualquer possibilidade de legitimação democrática das decisões judiciais ou das medidas adotadas por outros atores, como, por exemplo, o próprio Ministério Público.

Nesse sentido, é imprescindível que nos debruçemos sobre as normas constitucionais e legais sobre o tema, a fim de construir um raciocínio jurídico sólido que sustente as nossas conclusões. É o que se busca alcançar com esse breve estudo.

2. Da obrigatoriedade da vacinação infantil contra a Covid-19

Em primeiro lugar, é preciso fixar a premissa de que, apesar de orientações em sentido contrário⁵, a inclusão dos imunizantes no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 – PNO e a leitura conjunta da Lei nº 13.979/20 com a Lei nº 8.069/90 (ECA) torna obrigatória a vacinação infantil contra a COVID-19.

A ANVISA é a autarquia especial que tem “por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados” (art. 6º, da Lei nº 9.782/99).

Em outras palavras, cabe a ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, aí incluídos os imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados (art. 8º, §1º, inciso VII, da Lei nº 9.782/99).

Logo, a análise técnica da eficácia e da segurança das vacinas a serem comercializadas e aplicadas na população em geral é de responsabilidade da referida autoridade sanitária.

⁴ Na mídia, observamos dois grupos de pais e responsáveis: aqueles que querem que a vacina seja exigida dos alunos no momento da matrícula, e aqueles que se manifestaram contra a obrigatoriedade da vacinação infantil como condicionante ao retorno das aulas presenciais (ver matéria em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2022/01/pais-de-colegio-no-rj-fazem-abaixo-assinado-contra-obrigatoriedade-da-vacina.shtml>).

⁵ Há aqueles que entendem que somente com a inclusão da vacina no Plano Nacional de Imunização (PNI) haveria a obrigatoriedade de aplicação do imunizante, entendimento este que se busca rechaçar.

Nesse contexto, não há nenhuma dúvida de que a ANVISA aprovou a indicação do imunizante Pfizer/Comirnaty⁶ e, mais recentemente, a CoronaVac⁷, para imunização contra a COVID-19 em crianças de 5 a 11 anos de idade e de 6 a 17 anos, respectivamente.

Necessário ressaltar, neste ponto, que tal conclusão não é exclusividade da autoridade sanitária brasileira. Diferentes agências reguladoras ao redor do mundo chegaram à idêntica conclusão em relação à vacina da Pfizer/Comirnaty para o grupo etário de 5 a 11 anos de idade⁸. No mesmo sentido, alguns países começaram a aplicar a CoronaVac em crianças a partir dos 3 anos de idade ainda em 2021⁹.

Se já não bastasse, no Estado do Rio de Janeiro em especial há, ainda, a Deliberação CIB-RJ nº 6.666¹⁰ por meio da qual expressamente se recomenda a vacinação pela Secretaria Estadual de Saúde para todas as crianças na faixa etária de 05 a 11 anos com a vacina da Pfizer/Comirnaty, ressalvadas as situações onde haja contra indicação absoluta de um profissional de saúde.

O que há, portanto, a nível técnico – sob o qual não deve o Poder Judiciário ou o Ministério Público se imiscuir –, é a aprovação do uso das referidas vacinas em crianças entre 5 e 17 anos, respeitadas as contra indicações médicas de cada caso.

E, uma vez aprovada pela ANVISA, ainda que incluída somente no PNO, passa a haver, formalmente e no mínimo, uma *recomendação* sanitária do imunizante para as crianças e adolescentes dos respectivos grupos etários.

Nesse sentido, observamos que o artigo 14, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), prevê que “é obrigatória a vacinação das crianças nos casos *recomendados* pelas autoridades sanitárias”.

Perceba que, segundo a norma, basta o imunizante ter sido recomendado pelas autoridades sanitárias para que o ECA o torne obrigatório; gerando, pois, um dever jurídico dos pais em relação à prevenção da saúde de seus filhos.

Não à toa, o STF fixou em sede de repercussão geral a tese de que “é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) *tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei* ou (iii) *seja objeto*

⁶ Resolução RE nº 4.678 de 16 de dezembro de 2021.

⁷ Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/por-unanimidade-coronavac-e-aprovada-pela-anvisa-para-uso-emergencial-em-criancas-de-seis-a-17-anos-#:~:text=A%20Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de%20Vigil%C3%A2ncia,pessoas%20acima%20de%2018%20anos>.

⁸ De acordo com a Nota Técnica nº 02/2022 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, de 26 de janeiro de 2022, países como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Singapura, Suíça e a comunidade europeia em geral aprovaram o imunizante da Pfizer para o grupo etário em tela.

⁹ Cita-se, como exemplo, Chile, Equador, Indonésia, Camboja, China e Hong Kong (disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/conheca-os-paises-que-ja-autorizaram-a-coronavac-para-criancas-a-partir-dos-3-anos>).

¹⁰ “Art.1º - Pactuar a RECOMENDAÇÃO de vacinação pela Secretaria Estadual de Saúde PARA TODAS AS CRIANÇAS na faixa etária de 05 a 11 anos com o imunobiológico do laboratório Pfizer de uso pediátrico, salvaguardadas as situações onde haja contra indicação absoluta de administração do mesmo por um profissional de saúde.” Disponível em: <http://www.cib.rj.gov.br/deliberacoes-cib/811-2022/janeiro/7472-deliberacao-cib-rj-n-6-666-de-18-de-o-de-janeiro-2022.html> (acesso em 07/02/2022).

de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar” (STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

Com efeito, é notório que o entendimento da nossa Corte Suprema é no sentido de que, *para além da inclusão do imunizante no PNI*, a constitucionalidade da obrigatoriedade de vacinação também encontra fundamento na lei e na determinação de aplicação da vacina por um ente federativo com base em consenso médico-científico.

Ora, especificamente contra a Covid-19, é necessário lembrar do artigo 3º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 13.979/20, estabelece que:

[p]ara enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, (...) a determinação de realização compulsória de (...) vacinação e outras medidas profiláticas.

Observa-se, nesse sentido, que há expressa determinação legal no sentido de que a vacinação compulsória é medida de enfrentamento da pandemia; e, como tal, pode ser determinada pelo Poder Público (como efetivamente o foi, no caso sob exame).

Frisa-se que o artigo 3º, §4º, da Lei nº 13.979/20, também prevê que “as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei”.

Não podemos esquecer ainda que, apesar de questionadas, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade destas normas no julgamento da ADI 6586, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020, e publicado no Informativo 1003.

Na oportunidade, realizou-se também a relevante diferenciação entre vacinação compulsória e vacinação forçada, esclarecendo a Corte que a primeira seria permitida, desde que respeitados alguns requisitos¹¹, ao passo que a segunda seria proibida por violar o direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano.

¹¹ Cita-se: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Nesse contexto, a vacinação compulsória prevista na Lei nº 13.979/20 está em consonância com os ditames constitucionais de proteção da saúde e da vida, na medida em que é implementada por meios indiretos de coerção e teve como base evidências científicas que atestaram sua segurança e eficácia.

Portanto, em sendo dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à educação, bem como o de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e violência¹², resta devidamente fundamentada a premissa de compulsoriedade da vacinação em crianças e adolescentes desta faixa etária¹³.

3. Proibição de matrícula e frequência escolar, ausência de fundamento legal e dupla violação de direitos

Uma vez fixada a premissa de que a vacinação de crianças contra a COVID-19 é um dever dos pais e responsáveis (leia-se, é compulsória), passemos a analisar a possibilidade de vedar a matrícula e impedir a frequência às aulas daquelas que não se encontram com a carteira de vacinação em dia em função da inércia dos seus genitores.

Em primeiro lugar, é inafastável a necessidade de que nos orientemos pelo princípio da legalidade. Em outras palavras, a fim de evitar o indesejado subjetivismo, é imprescindível que nos baseemos nas disposições legais sobre o tema.

E, analisando nosso arcabouço normativo, verificamos que não há qualquer norma específica – pelo menos a nível federal¹⁴ – determinando que a matrícula e a frequência dos alunos possam ser impedidas em razão da não vacinação da criança contra a COVID-19¹⁵.

Ao contrário, encontramos outros meios de coerção indiretos para garantir a vacinação contra COVID-19 – tais como proibição de entrada em bares, restaurantes, eventos e a aplicação de multa em caso de descumprimento – com previsão legal

¹² Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

¹³ E nem se venha suscitar a infeliz expressão “não obrigatória” utilizada na Nota Técnica nº 02/2022 do Ministério da Saúde para justificar entendimento em sentido contrário. Isso porque não pode um documento técnico, de inferior hierarquia, se sobrepor ao previsto no artigo 227 da CRFB c/c artigo 14, §1º, do ECA.

¹⁴ O que há, em verdade, são algumas leis estaduais que trazem a exigência expressa de apresentação da carteira de vacinação no momento da matrícula, a exemplo da Lei nº 17.252/20 de SP, da Lei nº 16.629/19 do CE, a Lei nº 15.409/19 do RS, entre outras. Contudo, não há previsão no sentido de proibição da matrícula ou de frequência escolar. Nesse mesmo sentido, existe projeto de lei federal nº 1429/19 e 1840/19 (disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/821879-comissao-aprova-projeto-que-exige-cartao-de-vacinacao-no-ato-da-matricula-mas-nao-impede-aluno-de-assistir-aula/#:~:text=C%C3%A2mara%20dos%20Deputados-,Comiss%C3%A3o%20aprova%20projeto%20que%20exige%20cart%C3%A3o%20de%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20no%20ato,impede%20aluno%20de%20assistir%20aula&text=O%20texto%20aprovado%2C%20no%20entanto,documento%20no%20ato%20da%20matr%C3%ADcula.>)

¹⁵ De fato, a exigência de apresentação da caderneta de vacinação em dia pelos estabelecimentos de ensino decorre atualmente da obrigação constante no já mencionado artigo 14, §1º, do ECA, c/c os artigos 5º e 8º da Lei nº 6.259/75 (Lei do PNI), ao que podemos somar o próprio princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CRFB c/c art. 1º do ECA).

expressa nos mais diversos decretos municipais e estaduais ao redor do país¹⁶, o que garante o respeito ao princípio em tela.

Contudo, repita-se, não há qualquer norma que autorize a vedação da matrícula de criança em escola pública ou privada, tampouco que impeça a sua frequência às aulas presenciais como meio de coerção indireto para compelir seus pais a as vacinarem contra a COVID-19.

Também pudera! O direito à educação é um direito fundamental assegurado expressamente pela Constituição Federal de 1988 às crianças e aos adolescentes¹⁷, de modo que a violação do seu direito à saúde por parte dos seus pais não poderia ter como consequência a violação de outro direito deste grupo vulnerável.

Caso contrário, o Ministério Público e o Poder Judiciário estariam violando um direito fundamental das crianças e dos adolescentes (direito à educação) sob o pretexto de proteger outro (direito à saúde) cuja responsabilidade pelo descumprimento recai única e exclusivamente sobre os seus pais e responsáveis.

Com efeito, visando evitar essa dupla violação dos direitos das crianças e adolescentes, não parece atender à proteção integral do grupo a defesa da proibição de matrícula e de frequência às aulas presenciais como meios indiretos de coerção para garantir a vacinação adequada contra a COVID-19.

Até mesmo porque há expressa previsão no artigo 32, §4º, da LDB, no sentido de que a regra do ensino fundamental é ser ministrado de forma presencial; e, apenas em casos excepcionais, como situações de emergência, seria possível o ensino à distância¹⁸.

Ressalta-se que, ainda que existisse norma nesse sentido, haveria forte questionamento no que tange a sua validade em razão de uma possível violação ao princípio da proporcionalidade.

É que já no seu primeiro postulado (adequação) há forte dúvida acerca da efetividade da medida para atender os seus objetivos, na medida em que a proibição de matrícula ou de frequência do aluno não gera a necessária consequência de vacinação desta criança ou adolescente pelos seus pais ou responsáveis.

No elemento da necessidade, melhor sorte não lhe restaria, tendo em vista que há outros meios menos restritivos de direitos fundamentais que certamente atendem ao objetivo pretendido (vacinação da criança), tal qual o ajuizamento de representação administrativa e aplicação de multa, conforme artigo 249 do ECA.

¹⁶ A título de exemplo, citamos o Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 49.894 de dezembro de 2021.

¹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁸ Art. 32, §4º, da Lei nº 9.394/96 (LDB). O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.

Por fim, também não sobreviveria à proporcionalidade em sentido estrito, visto que há uma clara deficiência na proteção do direito, principalmente se considerarmos a violação reflexa do direito à educação, já tão banalizado durante a pandemia¹⁹.

Não por acaso, as poucas leis locais que tratam sobre o tema vacinação infantil, matrícula e volta às aulas, apesar de exigir a apresentação da carteira de imunização em dia, não impede o acesso da criança ou do adolescente à escola. Por todos, veja o que diz a Lei Estadual nº 17.252, de 17 de março de 2020 de São Paulo²⁰:

Artigo 1º - É obrigatória, em todo o território estadual, a apresentação da carteira de vacinação dos alunos de até 18 (dezoito) anos de idade, no ato de suas respectivas matrículas, em todas as escolas das redes pública e particular, que ofereçam educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

Artigo 2º - A carteira de vacinação deverá estar atualizada, assim entendida aquela que contenha os atestados de todas as vacinas consideradas obrigatórias, de acordo com o Calendário de Vacinação da Criança e com o Calendário de Vacinação do Adolescente, em consonância com as disposições do Ministério da Saúde e da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. (...)

Artigo 4º - A falta de apresentação do documento exigido no artigo 1º desta lei ou a constatação da falta de alguma das vacinas consideradas obrigatórias não impossibilitará a matrícula, porém a situação deverá ser regularizada em um prazo máximo de 60 (sessenta) dias, pelo responsável, sob a pena de comunicação imediata ao Conselho Tutelar para providências.

Para além deste fundamento, há hoje uma questão fática relevante que vedaria a aplicação de qualquer tipo de sanção: o Poder Público não consegue garantir a disponibilização de doses suficientes para vacinação de toda a população infanto-juvenil²¹.

Dessa forma, não se pode afirmar com a certeza necessária que aquela criança não foi vacinada pelos seus pais em razão de uma inércia deliberada fundada em razões ideológicas; ou se, mesmo querendo cumprir o seu *munus* legal (art. 14, §1º, do ECA), a carência de imunizantes disponíveis à população infantil impediu que estes pais vacinassem seus filhos.

¹⁹ Estudos demonstram que o ensino remoto fracassou de forma relevante durante a pandemia causada pela Covid-19, atingindo de maneira ainda mais grave os alunos e alunas das escolas públicas, cujas soluções tecnológicas não conseguiram lhes garantir a estrutura necessária para a continuidade do ensino de qualidade.

²⁰ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17252-17.03.2020.html> (acesso em 07/03/2022).

²¹ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022-01/doses-insuficientes-levam-rio-adiar-vacinacao-de-criancas-de-10-anos>

De qualquer forma, é necessário que os membros do Ministério Público Brasileiro fiscalizem a atuação dos Conselhos Tutelares; e, somente nos casos em que se mostre necessário – e, ainda, respeitando a ideia de um MP Resolutivo²² –, passe a adotar as medidas judiciais cabíveis contra os pais e responsáveis que resistirem à vacinação de seus filhos (v.g. representação por infração administrativa – artigo 249 do ECA)²³.

É nesse sentido também as conclusões do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE) na Nota Técnica nº 02/2022²⁴, elaborada por meio das Comissões Permanentes da Defesa da Saúde (COPEDES), da Infância e Juventude (COPEIJ) e da Educação (COPEDEC), integrantes do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH).

Por fim, ressalta-se que o fato de não poder a escola pública ou privada vedar a matrícula ou o comparecimento do aluno às aulas presenciais em razão da ausência de imunização contra a COVID-19 em sua carteira de vacinação não afasta o dever destas instituições de ensino de notificar o Conselho Tutelar e, em último caso, o próprio Ministério Público; para que, dentro do âmbito de suas atribuições, adotem as medidas tendentes à responsabilização dos pais e responsáveis recalcitrantes.

Isso porque há expressa previsão legal nesse sentido na combinação dos artigos 5º, 7º e 8º da Lei nº 6.269/75²⁵, que organizou as ações de vigilância epidemiológica e dispôs sobre o Programa Nacional de Imunizações (PNI).

Dessarte, embora as escolas públicas e privadas não devam vedar a matrícula ou a presença dos alunos não imunizados, há um dever jurídico de comunicar ao Conselho Tutelar a inércia dos pais na proteção da saúde dos seus filhos. E, ao Ministério Público, caso necessário, competirá o ajuizamento das ações pertinentes visando à concretização dos direitos fundamentais deste grupo vulnerável.

²² De acordo com a Resolução nº 54 de 28 de março de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf> (acesso em 07/03/2022).

²³ Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 754, determinou-se a expedição de ofício aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para que, nos termos do art. 129, II, da Constituição Federal, e do art. 201, VIII e X, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), empreendam as medidas necessárias para o cumprimento do disposto nos referidos preceitos normativos quanto à vacinação de menores contra a Covid-19. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102>.

²⁴ Disponível em: https://cnpg.org.br/images/2022/Nota_Tecnica_022022CNPGE_-_vacinacao_de_crianças-2.pdf (acesso em 07/03/2022).

²⁵ Art 5º O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado através de Atestado de Vacinação. (...)

Art 7º São de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados: I - de doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional;

II - de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente. (...)

Art 8º É dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível, sendo obrigatória a médicos e outros profissionais de saúde no exercício da profissão, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino a notificação de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º.

4. Conclusão

O breve estudo se iniciou fixando a premissa de que há uma obrigatoriedade na vacinação infantil contra a Covid-19, sendo dever jurídico dos pais e responsáveis garantir a imunização das crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos de idade.

A partir dela, nos debruçamos sobre os fundamentos jurídicos aptos a embasar o entendimento de que, conquanto o Conselho Tutelar e o próprio Ministério Público devam atuar para garantir a cobertura vacinal das crianças e adolescentes em idade escolar, a vedação da matrícula e a proibição de frequência do aluno não parece ser o melhor caminho para tanto.

Isso porque, na dicção do Supremo Tribunal Federal²⁶, as medidas de coerção indireta tendentes a garantir a vacinação compulsória devem, entre outros requisitos, respeitar os direitos fundamentais das pessoas e atender aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade; além de, por óbvio, estar previstas em lei ou outros atos normativos dos entes federativos, respeitadas suas esferas de competência.

E, conforme analisado, não há previsão legal que autorize a proibição de matrícula ou de frequência escolar daquela criança ou adolescente não imunizado contra Covid-19 como forma de compelir seus pais a cumprirem o seu *munus* constitucional e legal.

Outrossim, defendemos que, ainda que existisse tal norma, haveria forte questionamento acerca da sua validade diante da violação do princípio da proporcionalidade. Concluiu-se, pois, que tais impedimentos gerariam uma nova violação ao direito fundamental à educação destes infantes a pretexto de proteção da saúde, o que não deve ser admitido.

Por todo o exposto, a proposta de solução aqui apresentada se coaduna com a orientação da Nota Técnica nº 02/2022 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPJ), no sentido de que a matrícula e a frequência escolar destes alunos não sejam impedidas em razão da ausência de imunização contra a Covid-19.

Mas, contra aqueles que descumprirem tal *munus* – com assento constitucional, diga-se –, deverão ser manejadas, uma vez esgotadas as alternativas extrajudiciais, as medidas de responsabilização previstas em lei, a exemplo da representação por infração administrativa do artigo 249 do ECA.

E, o Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, em especial na proteção dos direitos individuais indisponíveis das crianças e dos adolescentes, deverá ser o primeiro (e o maior) responsável pela concretização do direito à saúde; sem, contudo, deixar de lado a garantia do cumprimento do direito à educação deste grupo vulnerável.

²⁶ Ver ADI 6586, disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206586%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true (acesso em 07/03/2022).

Grupo e membro de grupo: premissas jurídicas, filosóficas e sociológicas para a adequada compreensão dos processos coletivos

Class and class members: legal, philosophical and sociological premises for the proper understanding of multi-party actions

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares*

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de processo coletivo. 3. Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo. 4. Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros. 4.1. As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos. 4.2. O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não agregativa. 4.3. As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo firmar as premissas teóricas para a adequada percepção dos processos coletivos, partindo-se de um conceito amplo, que envolve não apenas as ações de classe, mas também os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas. Para tanto, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo, estabelecendo-se, em seguida, premissas filosóficas e sociológicas relevantes para a definição das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros. Ao longo do texto, demonstrar-se-á a relevância desses temas para a aplicação do microsistema processual coletivo, especialmente no que diz respeito ao problema da conflituosidade interna das coletividades.

* Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e em desenvolvimento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Procurador da República do Ministério Público Federal. *Academic Visitor* na Universidade de Oxford. Professor do programa de mestrado do IDP. Coordenador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União.

Abstract

This article aims to establish the theoretical premises for the adequate perception of multi-party actions, starting from a broad concept, which involves not only class actions, but also incidents aimed at the judgment of repetitive questions. To this end, the fundamental concepts of group, group member and conductor of the collective process will be developed, establishing, next, philosophical and sociological assumptions relevant to the definition of collectivities as subjects of rights distinct from their members. Throughout the text, the relevance of these themes for the proper management of collective conflicts will be demonstrated, especially with regard to the problem of internal conflict in the communities.

Palavras-chave: Processos coletivos. Litígios coletivos. Individualismo ontológico. Coletivismo ontológico. Identificação de coletividades.

Keywords: *Collective redress. Collective disputes. Ontological individualism. Ontological collectivism. Class definition.*

1. Introdução

É sabido que as sociedades contemporâneas são marcadas por relações jurídicas complexas e volumosas, a resultar em um forte incremento da quantidade de litígios. O acesso acelerado a novas tecnologias – e, conseqüentemente, a novos produtos e serviços de consumo –, bem como a ampliação dos meios de comunicação social e da educação jurídica são fatores que contribuem para o cenário ora vivenciado.

Nesse contexto, o legislador brasileiro, embora já houvesse editado a Lei da Ação Popular – LAP (Lei n. 4.717/1965) duas décadas antes, ocupou-se em desenvolver um microsistema processual coletivo a partir da década de 1980, por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Sob forte influência da leitura que os processualistas italianos – Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, Nicolò Trocker e outros – fizeram, na década de 1970, a respeito do fenômeno das *class actions* norte-americanas, nasciam as ações coletivas brasileiras, voltadas sobretudo à solução de problemas relacionados ao acesso à justiça e à economia processual.

A referência – indireta – do novo microsistema era a *Federal Rule 23* norte-americana, que, àquela época, já havia amadurecido bastante, especialmente a partir dos precedentes judiciais relativos às práticas anticoncorrenciais e às lesões em massa (*mass harm* ou *scattered damages*), além das pesquisas acadêmicas e de campo. Esse modelo, bastante centrado nos requisitos processuais verificados por ocasião da decisão de *class certification*, acabou por influenciar sistemas jurídicos de todos os continentes, que optaram pelo reconhecimento, em maior ou menor grau, das ações de classe.

O modelo, contudo, não se revelou suficiente à solução dos problemas relativos à litigiosidade de massa.

Percebendo os limites inerentes às ações coletivas, diversos países estabeleceram, adicionalmente, outros incidentes de coletivização, voltados ao julgamento, por amostragem, de demandas ou questões repetitivas. É o que se verifica no chamado *aggregate procedure* (também conhecido genericamente como *group litigation*), previsto, entre outros, na legislação de países como a Inglaterra e País de Gales (*consolidation, joinder, test cases* e *Group Litigation Order*), Estados Unidos (*joinder* e *consolidation*), Canadá (*joinder or consolidation of multiple claims*), Austrália (*consolidation, joinder* e *test cases*), Irlanda (*consolidation, joinder* e *test cases*), Alemanha (*Musterverfahren*), Áustria (*Testprozess*), Portugal, Japão e Suíça, observadas as particularidades de cada um deles.

O mesmo caminho foi adotado no Brasil, cujo Código de Processo Civil (CPC) de 1973, após a reforma promovida pela Lei n. 11.672/2008, passou a disciplinar os recursos especiais repetitivos. A potencialização do microsistema de julgamento de casos repetitivos viria por meio do CPC de 2015, ao estabelecer uma densa disciplina para os recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), além de criar um instituto inteiramente novo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Sucedem que a adequada aplicação desse complexo microsistema jurídico demanda uma prévia compreensão de questões que transcendem o Direito positivo.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo estabelecer as premissas teóricas para a adequada percepção dos processos coletivos, partindo-se de um conceito amplo, que envolve não apenas as ações de classe, mas também os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas.

Para tanto, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo, firmando-se, em seguida, premissas filosóficas e sociológicas relevantes para a definição das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros.

Ao longo do texto, demonstrar-se-á a relevância desses temas para a adequada aplicação do microsistema processual coletivo, especialmente no que diz respeito ao problema da conflituosidade interna das coletividades.

2. O conceito de processo coletivo

O estudo das relações existentes entre as ações coletivas e o complexo sistema brasileiro de julgamento de casos repetitivos passa por uma questão de natureza prévia: o conceito de processo coletivo.

O processo, assim como outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se ao menos três¹: tipo complexo de formação

¹ A concepção tripartite do processo é defendida por Fredie Didier Jr., cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 68-75.

sucessiva (ato jurídico complexo ou simplesmente procedimento²), relação jurídica³ e técnica de criação de normas jurídicas⁴.

Nessa linha, também o processo coletivo, como um excerto do gênero processo jurisdicional, pode ser concebido como um “procedimento (ato complexo) destinado à produção da norma jurídica em razão do exercício da jurisdição”⁵. A sua marca distintiva repousa no objeto litigioso, que envolve uma situação jurídica coletiva.

Em razão disso, é possível conceituar o processo coletivo de forma ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva⁶.

Nessa linha, o *Access to Justice Act 1999*, do Parlamento do Reino Unido, define as *Multi-Party Action* (MPA) como gênero, que compreende tanto as ações representativas – ação “única” com o objetivo de solucionar questões comuns de fato ou de direito

² Quanto a esse enfoque, nas lições de Élio Fazzalari, o processo poderia ser compreendido como “procedimento em contraditório” (FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In: FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996, p. 1.069). No particular, entendemos que tal ideia, embora bastante difundida, anuncia um conceito diverso: o de processo *válido*. É dizer: a presença ou não do contraditório (em maior ou menor grau) pode, à luz do direito posto, afetar o plano de validade da relação processual, não se tratando de um elemento conceitual. Firmada tal premissa, as fronteiras entre processo e procedimento resultam fragilizadas. Para uma melhor compreensão do tema, cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no plano do direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

³ Registra Calmon de Passos que “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73). Como já havíamos referido em artigo dedicado aos negócios processuais, “concebendo-se o processo não apenas como uma, mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (dentre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico – excerto da teoria geral do direito –, criando-se uma verdadeira teoria dos fatos jurídicos processuais” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 284, p. 371-396, 2018).

⁴ Cuida-se de enfoque extraído da teoria da norma jurídica. Nesse sentido, “o poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido *processualmente*. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o *processo negocial*, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 30). Conferir, ainda, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 4.

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 30-33. Conferir ainda: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Grandes temas do novo CPC: julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 10, p. 182.

⁶ Não se desconhecem as opiniões doutrinárias que rejeitam a existência de ações coletivas passivas. Segundo Edilson Vitorelli, conquanto disseminado, o reconhecimento do processo coletivo passivo no Brasil “é equivocado e expressa uma compreensão errônea do conceito de ação coletiva passiva, tal como praticada nos Estados Unidos” (VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?* *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 297-335, 2018). O presente trabalho, contudo, orienta-se pelo reconhecimento da possibilidade de se atribuir a um sujeito coletivo um dever jurídico ou um estado de sujeição, o que pode ser concretizado por meio das ações coletivas passivas. Cuida-se de tema cuja explicação transborda os limites do objeto proposto. Para uma maior compreensão do assunto, cf. PEIXOTO, Ravi. *Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojotos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 229-254, 2016.

– quanto o julgamento coletivo de demandas individuais que apresentem questões comuns (*aggregate proceedings*)⁷. É o que explica Joanne Blennerhasset:

MPAs are one form of collective procedure that may lead to a remedy or broaden access to a remedy for mass harm. They are court-based mechanisms and can take many guises. One of these is the “collective action” or “representative action”, which is often used for civil litigation seeking to secure collective redress.

[...]

There are other forms of group litigation procedures that need to be distinguished from collective actions as the claimants’ cases remain separate and distinct but are grouped together for collective management, such as the English and Welsh tool of the Group Litigation Order (GLO)⁸.

Para a citada autora, o processo coletivo deve ser concebido em um sentido bastante amplo, de modo a abranger formas diversas de reparação coletiva (*collective redress*)⁹.

Embora, como visto, o conceito de processo coletivo seja algo bastante simples, não o é a sua disciplina jurídica. A normatização das interações entre o grupo titular do direito coletivo, os membros do grupo, o legitimado coletivo, as partes adversas, terceiros intervenientes e o órgão julgador compõem o devido processo legal coletivo, repleto de questionamentos sem expressas respostas legais¹⁰.

Somam-se a isso as variadas espécies de técnicas processuais coletivas utilizadas para a solução de litígios que podem ostentar os mais diversos tons de complexidade.

⁷ Como definido no *Access to Justice Act 1999 (The Funding Code)*, “Multi-Party Action” or “MPA” means any action or actions in which a number of clients have causes of action which involve common issues of fact or law arising out of the same cause or event”. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2000/70248906.htm>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸ “As ações multipartes são formas de procedimento coletivo que podem conduzir a um remédio ou ampliar o acesso a um remédio para danos em massa. Cuida-se de mecanismos judiciais que podem assumir diferentes formas. Uma delas é a ‘ação coletiva’ ou ‘ação representativa’, frequentemente utilizada em litígios civis em que se busca assegurar a reparação coletiva. [...] Existem outras formas de procedimentos de litígios de grupo que precisam ser distinguidos das ações coletivas, situações em que os casos dos demandantes permanecem separados e distintos, mas são agrupados para gerenciamento coletivo, como o instituto inglês e galês do *Group Litigation Order (GLO)*” (BLANNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 13, tradução nossa).

⁹ A autora ressalta que o processo coletivo consiste em um fenômeno ainda incipiente na maioria das jurisdições, atraindo atenções em um número pequeno de países no último quarto do século XX (BLANNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 14).

¹⁰ A respeito do devido processo legal coletivo, cf. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Todas essas interações demandam uma prévia exposição das premissas fundamentais dos processos coletivos.

3. Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo

Para além do conceito de processo coletivo, a compreensão da tutela jurisdicional coletiva demanda o conhecimento de outros três conceitos fundamentais¹¹.

Entende-se por *grupo* o sujeito de direito titular da situação jurídica coletiva objeto do processo coletivo. É, portanto, o “sujeito de um dos polos da relação processual afirmada (litigiosa) no processo coletivo”¹², cujas fronteiras serão definidas a partir do caso concreto. A expressão possui diversos sinônimos: classe, categoria, coletividade, comunidade etc. Ela, porém, não se confunde com a noção de *sociedade* (ou “todas as pessoas”), que possui um caráter mais abrangente e totalizante¹³.

O reconhecimento das coletividades como sujeitos de direitos, embora controvertido no campo da filosofia moral e jurídica¹⁴, encontra expressa previsão na legislação brasileira. Nesse sentido, o art. 1º da Lei n. 12.529/2011, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, informa que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. De igual modo, o art. 37 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) dispõe que “[o]s grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo”.

O *membro do grupo*, por seu turno, consiste em um dos sujeitos de direito que compõem o grupo. Todo grupo é, por definição, um conjunto de outros sujeitos de direito, os quais podem ser um indivíduo (*v.g.*, um consumidor de um determinado produto ou serviço; um dos muitos empregados de uma determinada empresa) ou até mesmo outro grupo. É o caso, como exemplificam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., do grupo formado por todas as comunidades indígenas brasileiras (grupos de grupos)¹⁵.

¹¹ Embora fundamentais tais conceitos, são poucos os escritos, na doutrina nacional, a seu respeito, destacando-se as contribuições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36-37).

¹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

¹³ Na doutrina brasileira, como ressalta Edilson Vitorelli, nunca antes se havia dedicado a “uma investigação mais profunda acerca de quem são os titulares dos direitos transindividuais”, razão pela qual “os estudiosos os atribuíam, de modo recorrente, à ‘sociedade’, a ‘grupos’ ou à ‘coletividade’”. Disso derivou uma concepção organicista de sociedade, em que “os indivíduos reunidos formam uma entidade nova superior, subsistente por si mesma [...] ignorando as divergências existentes, no seio do próprio grupo, acerca da definição da pretensão coletiva” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25).

¹⁴ Cf. Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 6. Segundo o autor, “this problem cannot be treated as falling within the exclusive domain of legal-drafting authorities, but has to be addressed by legal theory as well. In pursuing this task, legal theory has to rely on the methodological assistance of social sciences, such as sociology and anthropology, particularly when dealing with problems of defining group membership in a non-coercive way, avoiding the imposition of elitist or static reading of a group’s values, etc.”.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

É importante notar que os indivíduos que compõem os grupos não são titulares de pretensões coletivas, mas sim as coletividades. Nessa linha, é possível conceber “um grupo a partir das ações coletivas e individuais tramitando quando do julgamento dos casos repetitivos, que serão afetados pela tese jurídica fixada no incidente”¹⁶. Cuida-se do grupo titular da pretensão coletiva de certificação da questão comum.

Essa particular distinção – entre grupo e membro do grupo – é de extrema relevância para a compreensão do regime da coisa julgada coletiva, que atinge o grupo e, como regra, não prejudica “interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe” (art. 103, § 1º, do CDC).

Por fim, há o *condutor do processo coletivo*, o legitimado coletivo. A legislação brasileira optou por atribuir a terceiros (Ministério Público, Defensoria Pública, associações etc.) essa tarefa, colocando-a nas mãos de alguém que não é titular da situação jurídica coletiva (não é grupo).

Apenas excepcionalmente, foi atribuída ao próprio grupo a possibilidade de conduzir o processo coletivo, como é o caso das comunidades indígenas, por força do disposto no art. 232 da CRFB/1988 (“[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”).

Também em caráter excepcional, o membro do grupo pode vir a ser o condutor do processo coletivo. É o que ocorre por meio da ação popular, ação coletiva prevista no art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988, que atribui a sua legitimidade a qualquer cidadão – ou seja, a quem esteja em pleno gozo dos direitos políticos –, com o objetivo de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

4. Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros

Em *Além do bem e do mal*, Friedrich Nietzsche afirma, num misto de humor e pessimismo, que “[a] loucura é muito rara em indivíduos”; por outro lado, “nos grupos, nos partidos, nos povos, nas épocas – essa a regra”¹⁷.

Tal afirmação intui, no campo da filosofia moral e da psicologia, o descolamento entre o que é observado nas esferas do comportamento individual e coletivo.

Não por acaso, no início da teorização a respeito das ações coletivas, a doutrina enfrentou diversos problemas conceituais a respeito da natureza dos direitos envolvidos e dos respectivos sujeitos, levando alguns autores a chamá-los de “personagens absolutamente misteriosos”¹⁸.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001, p. 91.

¹⁸ VILLONE, Massimo. *la Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso*. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 73.

É certo que a disciplina legal será capaz de atribuir diretamente direitos aos sujeitos que escolher. Nada obstante, as razões pelas quais a técnica legislativa optará por essa ou aquela via dependem da pré-compreensão que cada sociedade possui a respeito da sua própria organização – dos sujeitos que a compõem –, o que ganha uma dimensão ainda mais expressiva em Estados pluriétnicos e multiculturais, como o Brasil.

A ideia de reconhecimento de agrupamentos humanos como sujeitos distintos daqueles que os compõem é algo que tem atraído mais atenção de filósofos políticos, em comparação aos estudiosos do Direito¹⁹.

O tema não é pacífico no campo teórico, sendo particularmente questionado por autores comprometidos com a filosofia liberal, que privilegia o indivíduo como sujeito de direito por excelência²⁰.

¹⁹ Merecem destaque, entre outros: Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 1; Newman, Dwight G. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007; Newman, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004; CORLETT, J. Angelo. The Problem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991; CLINTON, Robert. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

²⁰ Para ser mais preciso, no campo da filosofia moral, apenas os indivíduos costumam ser considerados sujeitos de “direitos morais”, independentemente do reconhecimento legal. Explica Dwight G. Newman: “a moral right is an entitlement or justified claim whose justification does not depend on whether any legal or political system is willing to recognize the right” (Newman, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 128, 2004). É preciso ressaltar, porém, que até mesmo esse reconhecimento consiste em uma construção filosófica cuja universalização foi mais bem estabelecida apenas na Idade Moderna. Na antiguidade clássica, a pessoa (*persona*) era concebida como a faculdade social ou a legitimidade processual para atuar no mundo do Direito em nome de interesses próprios, alheios (mediante mandato) ou até mesmo alguns interesses coletivos – como no caso da *actio popularis* romana. A ideia de pessoa, contudo, não traduzia algo que alguém poderia ser (*essere persona*), mas sim algo que se possuía (*habere persona*), como decorrência de uma posição social adquirida (MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus iuris civilis*. Disponível em: <https://archive.org/details/corpusiuriscivi01mommgoog>. Acesso em: 4 abr. 2019). Em outras palavras, a *persona* consistia em uma (ou mais de uma) qualidade socialmente outorgada a determinados sujeitos, que poderiam até mesmo sustentar uma série de *personas*. Não havia, pois, indivíduos, mas *personas*. A origem da palavra é explicada por Hobbes: “The word Person is latine: instead whereof the Greeks have Proponon, which signifies the Face, as Persona in latine signifies the Disguise, or Outward Appearance of a man, counterfeited on the Stage; and sometimes more particularly that part of it, which disguiseth the face, as a Mask or Visard: And from the Stage, hath been translated to any Representer of speech and action, as well in Tribunals, as Theaters. So that a Person, is the same that an Actor is, both on the Stage and in common Conversation; and to Personate, is to Act, or Represent himselfe, or an other; and he that acteth another, is said to beare his Person, or act in his name (in which sence Cicero useth it where he saies, ‘Unus Sustineo Tres Personas; Mei, Adversarii, et Judicis, I beare three Persons; my own, my Adversaries, and the Judges’)” (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Kindle Edition, 1651, p. 94-95). A ideia de indivíduo como componente humano somente se desenvolveria depois, a partir de Thomas Hobbes, que atribui ao homem, como unidade indivisível, a qualidade de sujeito de direito. Foi ele o primeiro teórico a elaborar um pensamento articulado sobre um princípio que hoje é considerado uma obviedade: toda pessoa é um indivíduo e, por isso mesmo, sujeito de direitos, em especial a liberdade. Nas palavras de Bartolomé Clavero, “hasta Hobbes, persona es pacíficamente, sin especiales problemas fuera del ámbito religioso, máscara, representación teatral o, en análogo sentido, jurídica” (CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini*: per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, p. 16, 2010. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019). Por óbvio, tal construção se faz de forma extremamente limitada – fora de qualquer pretensão constitucional –, a ponto de considerar o indivíduo como sujeito de direitos apenas em um âmbito cível, seguindo como objeto de direito no âmbito político, sob a qualidade de súdito. Ademais, em tal momento histórico, a identidade entre pessoa e indivíduo não existia nem no

Fazendo-se um paralelo – ainda que remoto –, situação que apresenta alguma similitude diz respeito ao reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos²¹. Cuida-se, também, de algo que não se origina do Direito, mas sim de possíveis justificações oriundas da filosofia moral, da história e da sociologia. Somente após um mínimo consentimento em diferentes campos é que opera a autoridade legislativa, formalizando as escolhas políticas.

No âmbito da filosofia jurídica, duas são as principais correntes teóricas a abordar o tema: o individualismo e o coletivismo ontológicos²².

4.1. As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos

Segundo a linha individualista, também denominada *agregativa*, em termos fenomenológicos, todos os grupos são reduzíveis aos seus membros individuais. Conseqüentemente, as coletividades devem ser compreendidas como meras ficções resultantes da soma dos seus integrantes, que devem ser reconhecidos como os verdadeiros sujeitos de direito²³.

É esse o entendimento de Thomas Franc, para quem os indivíduos seriam os titulares dos direitos coletivos, sendo as coletividades meras “construções histórico-sociais não inerentes”²⁴. Também nessa linha, Joseph Raz define o direito coletivo como o direito de membros de um determinado grupo a um bem comum incapaz de ser exigido singularmente²⁵.

mundo dos fatos, nem no do Direito. De igual modo, mesmo no século seguinte, a essência da construção teórica do *status* social como algo limitado a algumas pessoas permaneceria, pelas mãos de autores como William Blackstone, em seu *Commentaries on the Laws of England*, tomando por base as *Institutiones* bizantinas. Se a porta de entrada para a aquisição de uma *persona* era limitada na antiguidade, também a concepção constitucional do indivíduo como sujeito apresentará requisitos – ou limitações – bastante peculiares nas primeiras constituições, com evidente caráter excludente. Sobre o tema, conferir: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e poder doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²¹ A respeito do tema, conferir: GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 37-65, 2006; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, p. 161-262, 2013; SILVA, Tagore Trajano de Almeida et al. *Habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 261-280, 2005.

²² Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 48.

²³ SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428-441, 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9833.2007.00389.x>. Acesso em: 15 nov. 2018. É vasta a lista de autores que defendem que as coletividades não devem ser reconhecidas como sujeitos de direitos. Conferir, entre outros, KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991; HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.

²⁴ No original: “Non-inherent historico-social constructs” (FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999, p. 252). Tal premissa é também compartilhada, dentre muitos outros, por Jan Narveson (NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991, p. 329).

²⁵ Segundo Raz, um direito coletivo existe sempre que reunidas três condições: a) algum aspecto do interesse dos seres humanos justifique que alguém seja vinculado a um dever específico; b) os interesses em questão sejam os interesses dos indivíduos enquanto membros de um grupo, recaindo sobre um bem comum (interesse público ou coletivo); c) o interesse de um único membro do grupo sobre esse bem não é suficiente para justificar a sua exigibilidade em relação a terceiros. Ainda que bem definida a indivisibilidade

Embora, com algumas exceções, não negue a importância de entidades coletivas, esse ponto de vista entende que o seu valor não deve ser outro, mas apenas as suas contribuições para a melhoria da vida *dos seus membros*.

Por outro lado, a corrente coletivista ontológica compreende a existência das coletividades de forma independente dos seus membros individuais. Nas palavras de Miodrag A. Jovanović, seria algo como compreender “a existência da madeira como algo diferente da existência de cada uma das árvores que a compõem”²⁶. Consequentemente, são reconhecidos a tais entidades interesses próprios e diversos (ao menos potencialmente) dos interesses de cada um dos seus membros. O interesse coletivo, nessa linha, é diferente do interesse dos membros que compõem a coletividade.

Compreendem-se, assim, os direitos coletivos sob um aspecto *não agregativo* e *não reducionista*: direitos que pertencem a uma coletividade, de modo a proteger os seus próprios interesses²⁷.

Embora os interesses da coletividade não sejam reduzíveis aos dos seus membros, eles são relacionados, na medida em que a existência do grupo depende da sua habilidade de prover um interesse coletivo que maximize a felicidade dos seus diversos integrantes ao mesmo tempo²⁸.

Ressalta Jovanović que o ponto de vista coletivista fornece uma base mais coerente ao reconhecimento de certas formas de direitos coletivos – em especial

do direito coletivo, Raz o reconhece como o resultado da soma de interesses de indivíduos, cuja pretensão não pode ser exercida individualmente (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988, p. 203). Em uma linha similar, Denise Réaume e Jeremy Waldron defendem que a marca do direito coletivo recai sobre a impossibilidade da apreensão individual (“holding constraint”) de determinados bens de interesse geral (RÉAUME, Denise. *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988). No Brasil, dissertando sobre os chamados interesses difusos, afirma Calmon de Passos que “a peculiaridade [...] decorre da própria natureza das coisas, de ser impossível apropriação ou satisfação meramente individual, impondo-se de modo irremediável, a satisfação de todos sem apropriação por ninguém” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos*. Vale a pena “pensar” de novo? In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (orgs.). *Obras de J. J. Calmon de Passos: ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. II, p. 60-61).

²⁶ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 34. Em comparação diversa, afirma Newman que, ainda que um bem coletivo como o “ar despoluído” seja benéfico às pessoas em geral, nem todos possuem interesse numa política pública destinada à promoção da despoluição do ar (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 132, 2004).

²⁷ GALENKAMP, Marlies. *Collective Rights: Much Ado about Nothing*. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991. Para a autora, essa perspectiva pressupõe a existência *de facto*, ou seja, extralegal, de coletividades, o que pode encontrar obstáculos no âmbito da Teoria Geral do Direito, razão pela qual defende o seu reconhecimento de forma restrita às comunidades tradicionais. A diferenciação entre os interesses individuais e o interesse coletivo é explicada por Newman, para quem o interesse coletivo “é algo que aprimora o bem-estar coletivo [...], que faz a comunidade prosperar” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 140, 2004).

²⁸ Nesse sentido: “The are not unrelated to members’ individual interests, for the collectivity’s moral existence depends on its ability to provide a collective interest that improve the lives of its individual members. At the same time, the collective interest is not simply reducible to, or even an aggregative function of, its members’ individual interests. It is, rather, a set of factors facilitating the fulfillment of the individual interests of diverse members at the same time” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 141, 2004).

àqueles relacionados aos grupos que não são organizados a partir de valores liberais, tais como a autonomia individual e a tolerância –, como no caso de alguns povos indígenas e outras comunidades tradicionais²⁹.

Seguindo tal caminho, o autor busca desconstruir as duas principais críticas ao coletivismo.

A primeira delas, sugerida por autores como Susanne Boshammer, afirma que o coletivismo ontológico peca ao estabelecer uma falsa distinção entre a existência dos entes coletivos e os seus membros. Para a dita autora, não seria possível, por exemplo, separar a “morte de uma coletividade” da soma da morte de cada membro individual³⁰.

Para rebater tal linha argumentativa, valendo-se dos exatos termos utilizados por Boshammer, explica Jovanović que, no campo do Direito Internacional, o crime de genocídio não se confunde com a morte dos indivíduos. O seu radical *genos*, de origem grega, significa “raça, nação ou tribo”, enquanto o verbo *caedere*, de origem latina, possui o significado de “matar”. Tal compreensão foi positivada nas legislações domésticas, a exemplo da Lei n. 2.889/1956, que disciplina o crime de genocídio no Brasil.

Assim, tal delito consistiria em uma ação dirigida contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como entidade, e não contra os seus membros. Justamente por isso, a criminalizada intenção de destruir, total ou parcialmente, o grupo pode ser atingida a partir da morte de um único membro.

O raciocínio exposto revela que a existência física dos membros de um grupo não se confunde com a existência do grupo em si, o que fica mais evidente se considerados os traços culturais que definem a coletividade³¹.

A segunda crítica ao coletivismo rejeita a ideia de que o interesse de uma determinada entidade coletiva possa ser concebido como algo distinto dos interesses de seus membros.

É plenamente possível, todavia, conceber situações concretas em que o interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo. É possível, ainda, imaginar situações em que a conflituosidade interna ao grupo possui elevada intensidade, de modo que a soma dos interesses de cada membro pouco elucidaria a respeito da melhor forma para o exercício do direito coletivo.

Diante de um litígio coletivo concreto, indivíduos que compõem a mesma coletividade possuem interesses heterogêneos e excludentes, por ostentarem perspectivas distintas a respeito do problema. É o caso dos chamados litígios coletivos de difusão irradiada, conceito desenvolvido por Edilson Vitorelli, espécie marcada pela elevada conflituosidade³².

²⁹ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 46.

³⁰ BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 124.

³¹ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 49-50.

³² Explica o autor: “[é] certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que

4.2. O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não agregativa

Diante da possibilidade de tamanha conflituosidade interna ao grupo, como conceber o interesse coletivo como a mera soma dos interesses individuais dos membros da coletividade?

Em situações assim, uma eventual decisão a respeito de um litígio que envolva o grupo certamente não será capaz de abranger, na mesma medida, os interesses de todos os seus integrantes. Daí concluir Edilson Vitorelli que a percepção de que um direito, “que seria ‘de todos’, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses ‘todos’ demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica”³³.

Diferentemente do que compreendiam autores da sociologia clássica – tais como Marx³⁴ e Durkheim³⁵ –, a sociologia contemporânea concebe o conflito social como “uma forma de socialização”³⁶. Partindo das construções teóricas de Georg Simmel³⁷, entende Lewis Coser que nenhum grupo pode ser inteiramente harmonioso, pois então careceria de processo e estrutura. A formação de grupos é um resultado tanto da associação quanto da dissociação, de modo que tanto o conflito quanto a cooperação servem a uma função social. Assim, a existência de conflitos em alguma medida é um elemento essencial na formação de grupos.

O conflito também exerce um papel importante ao estabelecer limites entre os grupos, fortalecendo a sua consciência e a consciência da separação dos outros grupos. Os antagonismos recíprocos entre eles preservam as divisões sociais e os sistemas de estratificação. Desse modo, as “repulsões” conflitivas tanto estabelecem uma identidade mais ou menos precisa a respeito dos vários grupos dentro de um mesmo sistema, como também ajudam a manter a sociedade como um todo: o “sistema social geral”³⁸.

seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e a seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66).

³³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

³⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

³⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁶ Coser, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956, p. 31.

³⁷ SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁸ Imagine-se o conflito existente entre as castas indianas, o que ajuda a estabelecer a distinção entre os vários grupos, assegurando a estabilidade da estrutura social geral. O conflito desempenha relevante papel ao separar o grupo dos “outsiders”, diferenciando nações, grupos étnicos e partidos políticos, por exemplo.

Há, pois, conflitos entre grupos, assim como conflitos internos em cada um deles, notadamente nos casos em que as pretensões coletivas derivam de situações de fato contingentes³⁹.

Um bom exemplo da função social do conflito a que aludem Simmel e Closer pode ser observado a partir da interação entre diferentes agentes que pertencem a um mesmo grupo econômico. No Brasil, por vezes, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), associação que congrega instituições financeiras bancárias⁴⁰, exerce a função de legitimado coletivo – como lhe faculta o art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985 –, muito embora os seus integrantes interajam socialmente em regime de concorrência, com interesses contrapostos.

É o que explica Simmel, descrevendo as funções da “discórdia” ou “oposição” no seio de grupos sociais⁴¹.

As premissas expostas demonstram que o reconhecimento das coletividades como entidades diversas dos seus integrantes encontra amparo também na sociologia jurídica. E mais: os interesses coletivos podem ser compreendidos como algo substancialmente diverso da mera soma dos interesses individuais⁴².

Com base nisso, conclui Miodrag A. Jovanović que o individualismo ontológico consiste numa corrente filosófica que deve ser lida como o produto de um determinado momento histórico, e, como tal, não pode ser tornado absoluto⁴³.

É preciso deixar claro, porém, que tal orientação não pode ser *totalmente* desprezada, ao menos não em relação algumas importantes influências sobre determinados tipos de conflitos coletivos.

Como visto, individualismo e coletivismo são pontos de partida filosóficos que se complementam, na tarefa de justificação da necessidade de reconhecer as coletividades como sujeitos de direito. Isso porque nem sempre as coletividades serão perenes e marcadas por um sólido vínculo comunitarista, com existência anterior à legislação.

Além disso, ao menos no âmbito do Direito Processual, é irrelevante saber se os sujeitos coletivos existem *em razão* dos indivíduos ou não. O que importa, isso sim, é considerar o seu interesse como algo diverso dos interesses de seus membros, tal como concebe a corrente coletivista. É necessário o reconhecimento de que o direito do ente não se confunde com o direito dos indivíduos que o compõem. Esse – o

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

⁴⁰ O estatuto social da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) pode ser consultado em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf.

⁴¹ SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁴² Nesse sentido: “I was demonstrated the collective entities could be said do exist independently of their individual members. [...] Furthermore, it was shown that one might legitimately endorse the concept of collective interests as something substantially different from the aggregate sum of individual interests” (Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56).

⁴³ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56.

aspecto não agregativo – é o proveito a ser extraído desse ponto de vista filosófico, fazendo-se um paralelo com o reconhecimento das pessoas jurídicas, cujos atributos (existência jurídica, patrimônio, interesse etc.) diferem das pessoas que a administram⁴⁴.

Em realidade, as coletividades conquistaram o *status* de sujeitos de direito por diferentes razões, que oscilam entre fatores antropológicos e ficcionais. Ao fundamentar as razões pelas quais os sujeitos coletivos devem ser reconhecidos, Miodrag A. Jovanović concentra suas atenções nos agrupamentos sociais cuja existência é marcada por uma sólida identidade cultural, como os povos indígenas. Tais grupos já possuem amplo reconhecimento pela antropologia e pela sociologia, com modos de vida muitas vezes distintos da perspectiva individualista e dos demais integrantes do Estado onde residem. A título de exemplo, o direito de propriedade, no seio de algumas comunidades, não é exercido de forma individual.

Se acaso apenas tais coletividades fossem consideradas, teria razão Galenkamp, ao restringir os direitos coletivos às comunidades tradicionais⁴⁵.

Nem todos os agrupamentos sociais, porém, possuem tais características⁴⁶.

A bem da verdade, muitos grupos são particularmente heterogêneos, alguns deles notadamente efêmeros, adquirindo unidade a partir de “situações de fato, contingentes por vezes até ocasionais”⁴⁷: os litígios coletivos.

É preciso, portanto, acrescentar à corrente não agregativa o reconhecimento de múltiplas formas de coletividades contingentes, surgidas a partir de interesses que não podem ser reduzidos aos seus membros individuais. Imagine-se, por exemplo, uma comunidade formada por moradores de um determinado bairro em uma metrópole como Salvador, no Estado da Bahia, todos eles sujeitos à mesma omissão estatal em relação a um determinado problema urbanístico, cuja solução há de ser uniforme. Imagine-se, igualmente, a população de uma pequena cidade litorânea, titular do direito ao meio ambiente equilibrado, sujeita aos danos causados pelo derramamento de óleo em sua costa.

Temos aqui grupos geograficamente definidos, embora heterogêneos em relação aos seus integrantes. É possível cogitar, ainda, a existência de grupos sociais sem ambiente territorial definido, como grupos religiosos, consumidores de produtos

⁴⁴ Ressalta Narveson que, fora do direito, apenas indivíduos pensam, decidem e agem. Quando determinados grupos recebem o mesmo tratamento jurídico ofertado às pessoas, eles também “pensam, decidem e agem” (NARVESON, Jan. *Collective Rights? Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, p. 332, 1991).

⁴⁵ GALENKAMP, Marlies. *Collective Rights: Much Ado about Nothing. Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991.

⁴⁶ Nessa linha, registra Jan Narveson: “[a]ll individuals are members of all various groups, and virtually all individuals attach normative significance to some of the groups of which they are members” (NARVESON, Jan. *Collective Rights? Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, p. 329-330, 1991). No mesmo sentido, afirma Newman: “Many such collectivities stand between individuals and the larger community, in forms as diverse as families, certain religious groups, and trade unions or corporations” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights. American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 129, 2004).

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

ou serviços transnacionais ou mesmo trabalhadores de uma determinada sociedade empregadora com sede em mais de um Estado.

Também esses grupos devem ser reconhecidos como sujeitos de direito diversos dos seus membros, seja por razões de ordem econômica que justifiquem a adoção de técnicas coletivas de tutela de direitos individuais, seja porque algumas pretensões que o Direito tutela não podem ser exercidas individualmente (*holding constraint*), em razão da indivisibilidade da prestação, o que pode resultar em credores indetermináveis. Nesse último caso, se acaso não fossem concebidas as coletividades como sujeitos dotados de capacidade jurídica, diversos direitos formalmente assegurados simplesmente não encontrariam meios para a sua fruição. Afinal, a concepção de um determinado direito sem o correspondente sujeito é a negação ao próprio direito.

4.3. As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil

Merecem destaque as críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos coletivos desenvolvidas no Brasil. De um lado, autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., adeptos da vertente coletivista, entendem que “os direitos transindividuais (essencial ou acidentalmente) não possuem *titulares* determinados, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade”⁴⁸. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart compreendem que tais direitos não se confundem com o somatório dos direitos individuais dos indivíduos que integram a coletividade⁴⁹.

De outro lado, parte minoritária da doutrina, a exemplo de Marcelo Abelha Rodrigues, aderindo à concepção individualista, compreende que tais direitos pertencem a cada um dos indivíduos que compõem o grupo⁵⁰.

A questão reside em saber quais são as consequências da adoção de um ou outro caminho. Quanto a isso, afirma Edilson Vitorelli que, “quando analisadas com rigor, ambas as vertentes, apesar de parecerem superficialmente opostas, se fundem em uma série de aporias, obscuridades ou incompletudes”⁵¹.

De fato, desde o início da teorização a respeito do processo coletivo até pouco tempo atrás, a doutrina brasileira não parecia dedicar atenções ao papel dos “grupos” em seus variados aspectos. Tampouco a doutrina estrangeira parece se preocupar

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 86.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 742.

⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

⁵¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

com o tema, limitando-se os americanos à precisa definição do grupo, a partir da questão comum que o identifica⁵².

Justamente por isso, nenhuma das correntes explica, de maneira precisa, as consequências extraídas do fato de os direitos pertencerem ao grupo ou aos indivíduos.

As críticas de Edilson Vitorelli são pertinentes e impõem três importantes esclarecimentos.

De início, é importante registrar a errônea das definições doutrinárias que atribuem os direitos coletivos à sociedade como um todo⁵³. Nem mesmo os direitos difusos ostentam necessariamente tal característica, não sendo correta a confusão comumente feita entre uma coletividade formada por “pessoas indeterminadas” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e a sociedade como um todo. Basta imaginar um caso de propaganda enganosa relativa a um bem de consumo de elevado valor, como um veículo importado. A coletividade lesada, formada por pretensos compradores do bem, embora composta por pessoas indetermináveis, não se confunde com toda a sociedade, consideradas as diferentes capacidades aquisitivas das classes sociais em uma dada localidade.

O segundo esclarecimento diz respeito à utilidade das correntes adotadas. Como anteriormente explicado, há razões suficientes ao reconhecimento das coletividades como sujeitos de direito. Acolhendo-as, entendeu por bem o legislador brasileiro, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, dispor, no art. 1º da Lei n. 12.529/2011, que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Que fique bem claro, portanto: os direitos coletivos são titularizados por grupos sociais.

A utilidade de tal entendimento é bastante clara: sendo o direito titularizado pelo grupo, impõe-se uma adequada delimitação das suas características, bem como de quem falará por ele. Além disso, não poderá um integrante singular, por si só, renunciar ou definir a forma de fruição do direito pela coletividade. Os grupos, porém, assim como as pessoas jurídicas, são sujeitos incorpóreos, e, por isso mesmo, dependem da técnica jurídica para que se possa definir a sua vontade. Tal metodologia compõe o devido processo legal coletivo e depende das características de cada grupo, em especial a litigiosidade interna. Embora, adotada a compreensão coletivista, o grupo não se confunda com seus integrantes, é necessário o reconhecimento da relevância da participação de seus integrantes na formação da vontade geral.

⁵² Nos Estados Unidos, a Regra 23 – Rule 23(a)(2) – prevê, como requisito para a admissibilidade das ações coletivas (*class actions*), a existência de questão comum de fato ou de direito: “there are questions of law or fact common to the class”.

⁵³ Nessa linha, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 213631/MG, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 7.4.2000, registrou: “Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido”.

Por fim, um terceiro esclarecimento diz respeito à forma de identificação dos variados grupos. Afinal, é possível defini-los de forma abstrata, ou apenas a partir de um litígio coletivo? Quanto a tal ponto, defende Edilson Vitorelli que “a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto do litígio coletivo”⁵⁴. A afirmação é disruptiva, propondo-se uma densa transformação do estudo do processo coletivo, num movimento que o desloca dos direitos aos litígios transindividuais. A linha do presente trabalho, embora tome a riqueza das diferentes formas de litígios coletivos como valioso referencial teórico, propõe uma postura intermediária, a partir das interações entre as concepções coletivistas e individualistas dos direitos coletivos.

Não nos parece correta a premissa de que a titularidade dos direitos coletivos *somente pode* ser definida a partir da sua violação. Se assim fosse, todo e qualquer responsável por causar lesão a uma coletividade poderia arguir, em sua defesa, a boa-fé decorrente do desconhecimento da existência do direito coletivo. Ora, também os direitos coletivos possuem uma dimensão abstrata, como disciplinado no art. 81 do CDC, que integra o núcleo do microsistema processual coletivo e não pode ser desconsiderado.

Atribuições de direitos podem ser visualizadas independentemente da existência de litígio. Apenas a título de exemplo, ao grupo formado pela comunidade tradicional quilombola Jatimane, no sul da Bahia, é assegurado o direito a “seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”, como previsto no Decreto n. 6.064/2017, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. A aludida comunidade teve seu direito à autoidentificação assegurado pela Fundação Palmares, autarquia federal, conforme certidão expedida no âmbito do Processo n. 01420.000353/2005-44⁵⁵.

Em realidade, as atribuições de direitos podem ser concebidas sob as perspectivas abstrata e concreta, com ou sem conflitos. Se a Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelece, em seu art. 39, § 3º, II, o direito de participação das comunidades indígenas nos Comitês de Bacia Hidrográfica, há aqui a atribuição abstrata de um direito a coletividades. Se, no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, é reconhecida a representatividade da comunidade indígena Tuxá, tal direito é concretizado independentemente da existência de conflito⁵⁶.

⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

⁵⁵ Referidos dados estão disponíveis em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁵⁶ O Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco conta, atualmente, com representantes das comunidades indígenas Tuxá, Pankará e Xukuru Kariri. Cf.: <http://cbhsaofrancisco.org.br/2017/o-cbhsf/composicao/membros>. Acesso em: 18 nov. 2018.

De igual modo, o reconhecimento do direito à demarcação territorial de determinada comunidade indígena, como disciplinado no art. 19 do Estatuto do Índio, prescinde da existência de prévio conflito.

O que se observa é que, não raramente, a legislação atribui, de forma abstrata, um determinado direito coletivo a determinadas coletividades, as quais podem ser facilmente identificadas no mundo dos fatos. Muitas vezes, tais direitos são concretizados a partir de instrumentos contratuais ou atos administrativos, sendo claramente identificado o grupo envolvido, sem a necessidade de prévio conflito. Tais situações são mais facilmente constatadas no campo das comunidades tradicionais, na medida em que tanto a legislação quanto os grupos sociais costumam ser facilmente compreendidos. Sobreleva aqui a dimensão coletivista da atribuição originária de direitos.

Por outro lado, muitas pretensões coletivas surgem a partir de conflitos envolvendo grupos sem uma prévia organização social, acentuando a conflituosidade interna, notadamente nos casos em que os direitos envolvidos também podem ser exercidos não apenas de forma coletiva, mas também de modo individual. Em tais situações contingentes, de fato, especialmente nos chamados litígios complexos, a plena definição dos grupos envolvidos dependerá sobremaneira da prévia análise da forma de interação entre seus membros e do grau de exposição à lesão sofrida.

Em muitos casos, diante da ausência de unidade do grupo em relação a um dado direito, mesmo os seus próprios integrantes possuem dificuldades em concebê-lo.

Como exemplo, no ano de 2017, a Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública n. 5009686-46.2017.4.03.6100, perante a 14ª Vara Federal Cível em São Paulo, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), postulando o restabelecimento integral do serviço de entrega domiciliar de encomendas na cidade de São Paulo e em municípios da Região Metropolitana.

O caso é emblemático, por revelar o aparente desconhecimento da existência de mais de um grupo interessado, mesmo em litígios de menor complexidade. Segundo informações extraídas do sítio virtual da Defensoria Pública da União⁵⁷, “desde 2012 os Correios estabeleceram, para algumas faixas de CEP, a chamada ‘entrega interna’”, modalidade em que “a encomenda fica retida na sede da ECT mais próxima da residência do consumidor, o qual fica responsável por retirá-la”. Tal postura teria sido adotada em razão da “ocorrência, nessas áreas, de assaltos aos carteiros, o que comprometeria a segurança física dos funcionários e a integridade dos objetos postais”.

No litígio em comento, a Defensoria Pública identificou um grupo cujos direitos teriam sido violados: os usuários do serviço de entrega domiciliar de encomendas, em especial nos bairros mais pobres, marcados pela vulnerabilidade social dos moradores.

Em uma primeira análise, o caso parece se resumir a uma mera subsunção dos fatos – serviço defeituoso – à lei – direito do consumidor à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, conforme art. 6º, X, do CDC. Ficou esquecido,

⁵⁷ Cf.: <http://www.dpu.def.br/noticias-sao-paulo/64-noticias-sp-geral/39888-acao-da-dpu-obriga-correios-a-regularizarem-entrega-em-bairros-de-sao-paulo>. Acesso em: 18 nov. 2018.

contudo, um grupo formado por pessoas igualmente vulneráveis e necessitadas: os carteiros. Tais trabalhadores possuem inegável interesse na solução do caso, sendo-lhes constitucionalmente assegurado o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.” (art. 7º, XXII, da CRFB/1988)

5. Conclusão

Ao final do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões, sem prejuízo de outras ilações realizadas ao longo do texto:

É possível conceituar o processo coletivo de forma ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva. Consequentemente, inserem-se nesse conceito tanto as ações coletivas quanto os incidentes de julgamento de casos repetitivos, cujas regras compõem o microsistema processual coletivo.

No campo da tutela coletiva, a prévia e adequada compreensão a respeito dos conceitos de grupo, membro de grupo e condutor do processo coletivo consiste em premissa relevante.

A existência física dos membros de um grupo não se confunde com a existência do grupo em si, o que fica mais evidente se considerados os traços culturais que definem a coletividade. É plenamente possível conceber situações concretas em que o interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo. É possível, ainda, imaginar situações em que a conflituosidade interna ao grupo possui elevada intensidade, de modo que a soma dos interesses de cada membro pouco elucidaria a respeito da melhor forma para o exercício do direito coletivo.

Individualismo e coletivismo são pontos de partida filosóficos que se complementam, na tarefa de justificação da necessidade de reconhecer as coletividades como sujeitos de direito. Isso porque nem sempre as coletividades serão perenes e marcadas por um sólido vínculo comunitarista, com existência anterior à legislação. Em realidade, as coletividades conquistaram o *status* de sujeitos de direito por diferentes razões, que oscilam entre fatores antropológicos e ficcionais.

É importante registrar a errônea das definições doutrinárias que atribuem os direitos coletivos à sociedade como um todo. Nem mesmo os direitos difusos ostentam necessariamente tal característica, não sendo correta a confusão comumente feita entre uma coletividade formada por “pessoas indeterminadas” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e a sociedade como um todo.

Em verdade, os direitos coletivos são titularizados por grupos sociais. A utilidade de tal entendimento é bastante clara: sendo o direito titularizado pelo grupo, impõe-se uma adequada delimitação das suas características, bem como de quem falará por ele. Além disso, não poderá um integrante singular, por si só, renunciar ou definir a forma de fruição do direito pela coletividade.

Os grupos, porém, assim como as pessoas jurídicas, são sujeitos incorpóreos, e, por isso mesmo, dependem da técnica jurídica para que se possa definir a sua vontade. Tal metodologia compõe o devido processo legal coletivo e depende das características de cada grupo, em especial a litigiosidade interna. Embora, adotada a compreensão coletivista, o grupo não se confunda com seus integrantes, é necessário o reconhecimento da relevância da participação de seus integrantes na formação da vontade geral.

Referências

BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016.

BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlim: Walter de Gruyter, 2003.

CECIL, Joe S. et al. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375. Acesso em: 2 fev. 2019.

CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 39, 2010. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CLINTON, Robert N. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

CORLETT, J. Angelo. The Problem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994.

Coser, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.
_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

_____; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Grandes temas do novo CPC: julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 10.

_____; _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 4.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. In: FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996.

FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999.

GALENKAMP, Marlies. Collective Rights: Much Ado about Nothing. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, 1991.

GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 37-65, 2006.

HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Kindle Edition, 1651.

HODGES, Christopher. Multi-Party Actions: A European Approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2011.

JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus iuris civilis*. Disponível em: <https://archive.org/details/corpusiuriscivi01mommgoog>. Acesso em: 4 abr. 2019.

NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991.

NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004.

_____. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojeto. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, 2016.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988.

RÉAUME, Denise. Individuals, Groups and Rights to Public Goods. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988.

SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428-441, 2007.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, p. 161-262, 2013.

_____. *et al.* Habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 261-280, 2005.

SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

TAMIR, Yeal. Against Collective Rights. In: JOPPKE, Christian; LUKES, Steven. *Multicultural Questions*, n. 27. Oxford: Oxford University Press, 1999.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e poder doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VILLONE, Massimo. la Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (orgs.). *Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8.

Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios – limites e possibilidades

Luciano Taques Ghignone*
Rita Tourinho**

Sumário

1. Introdução. 2. A prestação dos serviços advocatícios no âmbito da Administração Pública. 3. Da terceirização de serviços advocatícios: da licitação à possibilidade de contratação direta. 4. Do requisito de singularidade para contratação de serviços advocatícios. 5. A contratação de serviços advocatícios frente à alteração da Lei nº 8.906/1994. 6. Requisitos para a contratação de serviços advocatícios à luz da Lei nº 14.133/2021: da exclusão da singularidade e suas consequências. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar os requisitos para a contratação de serviços advocatícios por órgãos públicos mediante inexigibilidade de licitação. Em primeiro lugar, é examinado o eventual impacto na Lei nº 8.666/1993 das alterações promovidas no Estatuto da OAB pela Lei nº 14.039/2020. Após, será analisado o regramento estabelecido pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). A pesquisa revela que a inexigibilidade de licitação continua sendo hipótese excepcional. Assim como ocorre em qualquer hipótese de inexigibilidade, a contratação de serviços advocatícios pressupõe a inviabilidade de competição, a qual, por seu turno, apenas pode ser aferida a partir do exame da singularidade do objeto contratual. Em vista disso, a presença da singularidade do objeto é requisito que independe de expressa menção legal, por ser pressuposto para a configuração da inviabilidade de competição.

Abstract

This study aims to analyze the requirements for contracting legal services by public bodies without competitive bidding. First, the possible impact on Law nº 8.666/1993 of the changes made to the OAB (Federal Bar Association) Statute by Law nº 14.039/2020 is examined. Afterwards, the rules established by the new Bidding Law (Law nº 14.133/2021) will be analysed. The research reveals that the inexigibility of competitive bidding remains an

* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

** Doutoranda em Direito pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora Adjunta da UFBA.

exceptional hypothesis. As in any case of inexigibility, contracting legal services presupposes the impossibility of competition, which, in turn, can only be gauged from the examination of the singleness of the contractual object. In view of this, the presence of the singleness of the object is a requirement that does not depend on an express legal mention, as it is a presupposition for the configuration of the impossibility of competition.

Palavras-chave: Serviços advocatícios. Inexigibilidade de licitação. Impossibilidade de competição. Singularidade do objeto. Lei de Licitações. Estatuto da OAB.

Keywords: *Legal services. Inexigibility of bidding. Impossibility of competition. Singleness of the object. Bidding Law – OAB (Federal Bar Association) Statute.*

1. Introdução

Dentro da estrutura da Administração Pública, grande parte das atividades é desempenhada por pessoas que prestam serviços com vínculo empregatício. É o caso dos servidores públicos, ocupantes de cargos públicos, sujeitos ao regime jurídico estatutário, que integram o quadro funcional dos entes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica, ou seja, com personalidade de direito público¹. Por outro lado, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, tem-se os empregados públicos, ocupantes de empregos públicos, sujeitos ao regime celetista².

A Constituição Federal atribui ao Chefe do Executivo a competência privativa para a iniciativa de lei dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos, inclusive provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, §1º, II, c, da CF). Assim, lei de iniciativa do Poder Executivo cria cargos, com atribuição determinadas, a serem providos através de concurso público (art. 37, II, CF), ressalvadas as exceções constitucionais, como seria a situação dos cargos comissionados, por exemplo (art. 37, V, CF)³.

Já no âmbito das empresas estatais, os empregos públicos se sujeitam ao regime celetista e são criados através de atos de organização funcional dessas entidades⁴. Aplica-se, também, a regra do art. 37, II da Constituição Federal, que trata do provimento através do concurso público.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 666.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 610.

³ São declarados por lei como de livres nomeação e exoneração, destinando-se a atribuições de chefia, assessoramento ou direção. Tais cargos são de ocupação transitória, logo cabível a exoneração *ad nutum*. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As empresas estatais, o concurso público e os cargos em comissão. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, nº 234, 2006, p. 38.

A Constituição Federal faz expressa referência a algumas carreiras públicas. Segundo o Fórum das Carreiras Típicas do Estado (FONACATE)⁵, as carreiras típicas de Estado são aquelas previstas no art. 247, do texto constitucional, que exercem atribuições relacionadas à expressão do Poder Estatal, integrando o núcleo estratégico do Estado, requerendo, por isso, maior capacitação e responsabilidade. Entre tais carreiras, tem-se a advocacia pública.

Ocorre que, mesmo com a obrigatoriedade de estruturação das procuradorias jurídicas no âmbito federal, estadual e distrital (art. 131 e 132 da Constituição Federal), persiste a possibilidade de terceirização de serviços advocatícios. Tais serviços, considerados técnicos especializados, podem ser contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Quanto a tais requisitos, a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratações Públicas) parece afastar-se, em parte, dos termos da Lei nº 8.666/93. Ademais, é certo que, antes do advento do novo marco legal das licitações, fazia-se necessário analisar o eventual impacto da alteração promovida na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), pela Lei nº 14.039/2020, no que toca à contratação de serviços advocatícios por órgãos públicos. Colocado o ponto de outra forma, a definição das formas de contratação de serviços advocatícios por entes governamentais passa, necessariamente, pela interpretação das Leis nº 8.666/1993, 14.039/2020 (que alterou o Estatuto da OAB), e 14.133/2021 (que institui a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas).

O presente trabalho pretende questionar a efetiva alteração dos requisitos para contratação direta de serviços advocatícios, frente às modificações legislativas implementadas.

2. A prestação dos serviços advocatícios no âmbito da Administração Pública

A forma de desempenho de suporte jurídico no âmbito da Administração Pública não é tratada de maneira uniforme pela Constituição Federal. Por um lado, o texto constitucional estabelece a obrigatoriedade de estruturação em carreira pública no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, nos moldes dos arts. 131⁶ e 132⁷. Nesses casos, os entes públicos das esferas federal, estaduais e distrital

⁵ Disponível em <https://fonacate.org.br/v2/o-que-e/>. Acesso em 22.12.2021.

⁶ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. (...) § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

⁷ Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

não têm outro caminho para o desempenho de suas atividades ordinárias, que não seja a estruturação de sua representação jurídica em cargos de carreira, criados por lei, providos através de aprovação em concurso público, conforme art. 37, II, da Constituição Federal.

Por outro lado, não existe obrigatoriedade constitucional de replicação desse modelo no âmbito municipal. A jurisprudência do Supremo Tribunal pacificou-se no sentido de que, dentro de sua autonomia organizatória, os entes municipais poderão deliberar sobre a forma de constituição de seu suporte jurídico. Nesse sentido tem-se, exemplificativamente, os seguintes julgados:

MUNICÍPIO – PROCURADORIA – INSTITUIÇÃO – OBRIGATORIEDADE – INEXISTÊNCIA – PRECEDENTE DO PLENÁRIO. Inexiste, considerada a Constituição Federal, obrigatoriedade de os Municípios criarem órgãos de Advocacia Pública. Precedente: recurso extraordinário nº 225.777, Pleno, redator do acórdão Ministro Dias Toffoli, publicado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2011. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGISLAÇÃO LOCAL. A apreciação do recurso extraordinário faz-se considerada a Constituição Federal, descabendo interpretar normas locais visando concluir pelo enquadramento no inciso III do artigo 102 da Carta da República⁸.

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCURADORIA DO MUNICÍPIO. CARGO EM COMISSÃO PARA A CHEFIA. ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE MEMBROS DA CARREIRA. SÚMULA 280 DO STF. VINCULAÇÃO À SECRETARIA MUNICIPAL DE NEGÓCIOS JURÍDICOS. AUTONOMIA MUNICIPAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo *a quo* acerca da constitucionalidade das atribuições conferidas a ocupantes de cargo em comissão demandaria o reexame da legislação local aplicável à espécie, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 280 do STF. 2. *A decisão agravada está em conformidade com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal de que inexistem normas constitucionais de reprodução obrigatória que imponham ao poder legislativo municipal a adoção de modelo de advocacia pública, não havendo que se restringir a auto-**

⁸ STF, RE 1097053 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019. Destaques nossos.

*organização municipal para além dos parâmetros previstos no texto constitucional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento*⁹.

É certo, ainda, que a autonomia municipal não é irrestrita, encontrando-se condicionada pela Constituição Federal. Assim, à luz do texto constitucional, abrem-se para os entes municipais os seguintes caminhos para a estruturação de sua representação jurídica: *i)* Criação da procuradoria por meio de carreira estruturada em lei, com cargos providos mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal); *ii)* Criação da procuradoria por meio de carreira estruturada em lei, com cargos em comissão, por se tratar de função de assessoramento (art. 37, V, da Constituição Federal) – ressalvando-se que, mesmo estruturada mediante cargos a serem providos por concurso, a lei pode prever que o cargo de Procurador-Geral do ente seja em comissão; *iii)* Contratação de escritório de advocacia, em regra, mediante licitação (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

O Procurador é o órgão responsável pela orientação, representação jurídica e pelo controle de legalidade ou juridicidade da atuação administrativa. Por esse motivo, a autonomia e a independência são prerrogativas indispensáveis ao desempenho de suas funções, bem como à garantia da inafastabilidade da aplicação das regras e princípios constitucionais. Sob essa perspectiva, a estruturação de carreira dos cargos de procuradores no Município converge para a devida proteção do interesse público. Marçal Justen Filho ressalta que a Administração Pública deve optar preferencialmente pela execução direta dos serviços advocatícios, razão pela qual “é relevante a manutenção de quadro próprio de advogados, que desempenhe atuação permanente e contínua”¹⁰, selecionados através de concurso público de provas e títulos. Concorda-se com o referido autor quando afirma ser “*extremamente problemático*” se obter atuação satisfatória de advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados. Neste viés, ressalta o grande risco que representa para a Administração Pública a terceirização dos serviços advocatícios¹¹.

Por esse motivo, deve ser examinada com ressalva a situação de diversos entes públicos, notadamente na esfera municipal, que optam pela manutenção de vínculos precários com seus procuradores, através da criação de cargos comissionados, considerando a atividade típica de assessoramento, situação que põe em risco a independência e autonomia dos profissionais envolvidos. Dalmo de Abreu Dallari afirma que “o Procurador Público é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito. Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito”¹². Dessa forma, não

⁹ STF, RE 1292739 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021. Destaques nossos.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. p. 989.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. p. 989.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47.

cabe ao Procurador invocar o direito pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, encobertando ações ou omissões injustas.

Apesar de defender a atuação dos advogados públicos através de carreiras legalmente constituídas, não se exclui a terceirização dos serviços advocatícios em certas hipóteses, desde que observados os requisitos legais, ressaltando-se as atividades advocatícias cujo exercício pressupõe a integração do sujeito na estrutura estatal.

3. Da terceirização de serviços advocatícios: da licitação à possibilidade de contratação direta

A opção pela contratação de serviços junto à iniciativa privada submete-se, incontornavelmente, às diretrizes estampadas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, as quais são claras em estipular que a regra geral é o procedimento licitatório de caráter concorrencial, conforme consta do art. 37, XXI, da Carta Federal. Ao conduzir processos administrativos de contratação, a Administração Pública não se orienta pelo intuito de celebrar qualquer ajuste. Além de visar atender às suas necessidades, o órgão público almeja a vantajosidade da contratação, através da promoção da justa competição¹³.

Essa diretriz é replicada na legislação infraconstitucional: tanto o art. 2º da Lei nº 8.666/1993¹⁴ quanto o art. 2º da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas)¹⁵ determinam, genericamente, que a contratação de serviços deve submeter-se a procedimentos de natureza competitiva.

Portanto, assim como as demais contratações no âmbito da Administração Pública, a contratação de serviços advocatícios deve, em regra, ser efetuada mediante licitação, a qual somente não será exigível em situações excepcionais.

A inexistência de quadro próprio faz com que a execução de atividades envolvendo os serviços de suporte jurídico aos entes governamentais (aqueles que compõe o dia a dia da gestão pública), com destaque para os municípios, seja contratada junto à iniciativa privada.

O patrocínio e a defesa de causas judiciais ou administrativas são caracterizados como serviços técnico-profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993 e art. 6º, XVIII, e, da Lei nº 14.133/2021). Em razão de tal característica, devem ser contratados, em regra, através de licitação, na modalidade concorrência¹⁶, empregando-se como critério de julgamento o de técnica

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. In: *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 8.

¹⁴ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

¹⁵ Art. 2º Esta Lei aplica-se à: (...) V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

¹⁶ A Lei nº 14.133/2021 veda expressamente a utilização do pregão para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual (art. 29, parágrafo único).

e preço, o que se depreende do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, replicado no art. 36, §1º, I, da Lei nº 14.133/2021, uma vez que se trata de hipótese que há uma atuação de natureza destacadamente mental, incorpórea, embora materializada por meio de atos concretos. Assim, os fatores “técnica” e “preço” são definidos em consonância com parâmetros previamente estabelecidos no edital, havendo um procedimento objetivo de aferição da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço¹⁷.

O fato de os serviços advocatícios serem técnico-profissionais especializados não significa que seja impossível a sua contratação em ambiente concorrencial. O que afasta a licitação é a impossibilidade de competição, o que não é a regra, mas a exceção. Veja-se, por exemplo, que os serviços de fiscalização de obras também são técnico-profissionais especializados, e são usualmente contratados mediante procedimento licitatório, tendo como critério de julgamento o de técnica e preço. Anote-se, igualmente, que essa impossibilidade de competição não está relacionada com a circunstância de que profissionais jurídicos diversos têm níveis diferentes de desempenho, ou formas particulares de executarem suas atividades. Essa mesma diferença encontra-se no campo já citado, das atividades de fiscalização de obras: cada empresa de engenharia possui sua expertise própria, bem como sua forma específica de executar os serviços. Entre elas também são identificáveis variações qualitativas no desempenho das atividades. Isso não impede, todavia, que sejam selecionadas mediante licitação, posto que os aspectos da prestação podem ser definidos de maneira objetiva e as especificidades de cada empresa poderão ser avaliadas a partir da pontuação atribuída aos aspectos técnicos. O procedimento de contratação pública estabelece os requisitos gerais para o desempenho da prestação e o parâmetro daquilo que será considerado como adequadamente executado. Fixadas essas premissas, aspectos subjetivos de cada prestador não são relevantes.

Excepcionalmente, no entanto, a Lei de Licitações e Contratações Públicas traz situações que impõem a contratação direta, em virtude da inviabilidade de competição, ou seja, situações em que não existe, nem pode ser criado, ambiente concorrencial. A inviabilidade de competição pode decorrer de duas situações: *i*) impossibilidade fática da competição, tendo em vista que o produto ou serviço somente é disponibilizado por um único fornecedor; e *ii*) impossibilidade jurídica de competição, pois ausentes critérios objetivos para definir a melhor proposta, de modo que a licitação não teria o condão de estabelecer julgamento objetivo¹⁸. Seriam hipóteses de inexigibilidade de licitação, as previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 74 da Lei nº 14.133/2021.

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, razão pela qual os dispositivos legais que tratam da matéria trazem

¹⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Modalidades e rito procedimental da licitação. In: *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 67.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2015. p. 88.

hipóteses exemplificativas. Marçal Justen Filho¹⁹ enumera situações que caracterizam a inviabilidade de competição, quais sejam: ausência de pluralidade de alternativas de contratação, ausência de mercado concorrencial entre possíveis interessados, impossibilidade de seleção com base em critérios objetivos e a falta de definição objetiva da prestação a ser executada.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das situações exemplificativamente referidas no dispositivo legal, estará caracterizada a inexigibilidade de licitação, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição. Para outros, ainda que caracterizada alguma das hipóteses ilustrativamente referidas em lei, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, no caso concreto, a competição for inviável, entendimento que parece o mais coerente com os princípios administrativos consagrados no nosso ordenamento jurídico. Jessé Torres Pereira Filho²⁰, adotando o segundo posicionamento, toma como base três fundamentos principais: *i)* a competitividade é da essência da licitação, logo somente será inexigível a licitação se impossível a competição; *ii)* as hipóteses arroladas no art. 25 não geram presunção *juris et de jure*, uma vez que, além das situações fáticas necessitarem se enquadrar aos ditames de um dos incisos, estão também submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que exige a “inviabilidade de competição”; *iii)* as hipóteses dos incisos não possuem autonomia conceitual, subordinando-se assim ao *caput* do artigo.

Entre as hipóteses exemplificativas do art. 25, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, cabe-nos analisar aquela constante, respectivamente, do inciso II, do art. 25, e inciso III, do art. 74, que tratam da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, com profissional ou empresa de notória especialização. No art. 25 da Lei 8.666/2021, constou expressamente entre os requisitos o referente à *singularidade do serviço*, não replicado expressamente no art. 74 da Lei nº 14.133/2021, o que dá azo à discussão acerca da manutenção ou não de tal requisito.

No que se reporta especificamente à utilização do disposto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, para contratação de serviços advocatícios, decisão relatada pelo Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal manifestou o seguinte:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. *A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração*

¹⁹ JUTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 594-596.

²⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontrovertida a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa²¹.

O julgado acima referido parametriza, de maneira clara, quais os requisitos que tornam algumas espécies de serviços advocatícios – cuja natureza técnica, em geral, é inegável – passíveis de contratação por inexigibilidade de licitação.

A compreensão desse ponto é fundamental, sendo fundamental traçar, com clareza, a diferenciação entre os serviços de natureza técnica em geral (e aqui se incluem os serviços advocatícios em geral) e aquele restrito conjunto, dentro dessa ampla categoria, de serviços técnicos (advocatícios) relativamente aos quais a contratação mediante procedimento competitivo é inviável. Referindo-se ao serviço de natureza técnica, Marçal Justen Filho afirma que “*refletem atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta*”²². Assim, a natureza da prestação produzida tem que refletir a habilidade subjetiva de conduzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Essa é uma característica inerente a todo e qualquer serviço técnico.

Por seu turno, a notória especialização, requisito que vem definido no § 1º, do art. 25 da Lei 8.666 e no §3º do art. 74 da Lei n. 14.133, consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade. Busca-se o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento - o conhecimento teórico para solução de problema. Trata-se de característica circunscrita a um grupo limitado de serviços de natureza técnica. Segundo Ronny Charles²³, o profissional contratado deve ser considerado como de “notória especialização” pela comunidade especializada de prestadores de serviços e/ou pelos destinatários do serviço, ao ponto de ele se diferenciar dos profissionais em geral. Ou seja, não basta que apenas a Administração tenha para com o profissional uma relação de confiança específica, sendo necessária uma constatação impessoal da sua notoriedade.

Na ADC nº 45, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, com julgamento ainda não concluído, extrai-se do voto do relator, Min. Roberto Barroso, o alcance do termo *notória especialização*, ao aduzir que:

²¹ STF, Inq 3074, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014. Destaques nossos.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 368.

²³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 394.

(...) a escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização incontroversa, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes)²⁴.

Saliente-se que apesar de ser uma qualidade do contratado, a “notória especialização” fala muito mais sobre a demanda da Administração do que propriamente sobre as circunstâncias dos interessados em atendê-la. Isso porque um escritório dotado de “notória especialização” pode participar de licitação e sagrar-se vencedor pelos meios usuais de disputa. No entanto, a importância de tal requisito – notória especialização – sobressai quando a demanda da Administração é única e especial ao ponto de exigir que o contratado específico seja igualmente diferenciado²⁵.

Quanto à singularidade do serviço, tal requisito, apesar de estabelecido no art. 25, da Lei nº 8.666/93, não foi normativamente definido, cabendo à doutrina e jurisprudência estabelecer o seu alcance, inclusive nos casos de serviços advocatícios.

4. Do requisito de singularidade para contratação de serviços advocatícios

O ponto central para a identificação da singularidade do objeto é a natureza da prestação. Sob essa perspectiva, considerando os serviços advocatícios, existe relevante diferença entre o desempenho de atividades jurídicas cotidianas da Administração Pública (por exemplo, atuação genérica nas áreas de Direito Previdenciário, Trabalhista ou Administrativo) e o desempenho de atividades jurídicas singulares, não corriqueiras (por exemplo, consultoria jurídica para elaboração do Plano Diretor do Município).

Na primeira hipótese, o contrato abrange uma série de atividades não identificáveis previamente. Não há como se definir de antemão quais serão as demandas, nem quantas serão. Sob essa perspectiva, a falta de singularidade não está afastada apenas pela contraposição à natureza comum das atividades (singular como oposto a ordinário), mas, igualmente, porque o contrato de prestação de serviços abrange múltiplas e indefinidas ações (singular como oposto a plural).

Já na segunda hipótese, existe definição clara e precisa do objeto a ser executado, sendo este objeto alheio à atividade ordinária da Administração Pública, além de demandar expertise jurídica específica para a sua execução. Ainda assim, é importante ressaltar que, se o ente público estiver dotado de procuradoria jurídica com integrantes que detenham expertise para a execução de tarefas jurídicas de

²⁴ ADC Nº 45 (4003252-92.2016.1.00.0000 - DF), Rel. Min. Roberto Barroso.

²⁵ SALES, Hugo. Art. 6º, XVIII. *Tratado da nova Lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/21, comentada por Advogados Públicos*. SARAI, Leandro (org.). Salvador: JusPodivm, 2021. p. 162.

complexidade, o desempenho dessas deve ser atribuído à representação jurídica do ente, e não contratado junto à iniciativa privada.

Na já referida ADC nº 45, em tramitação no STF, o voto do Relator, já acompanhado pela maioria, estabeleceu o sentido da singularidade do serviço, expondo que:

(...) 6. *Natureza singular do serviço* (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar-se profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. Existência de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006.

Percebe-se, então, que para o preenchimento do requisito de “singularidade” não basta reconhecer que o objeto do contrato é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração: deve-se, por igual, examinar se aquele objeto necessita de um profissional que foge aos padrões comuns do mercado. Observa-se, então, a necessária relação entre a singularidade do objeto e a notória especialidade do contratado.

Segundo Marçal Justen Filho, a análise da singularidade dependerá de circunstâncias históricas e geográficas. Acrescenta o autor que:

[s]ua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como sendo de natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras²⁶.

Apesar da indiscutível correlação entre a notória especialização e a singularidade do objeto para a contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados, a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas – Lei nº 14.133/2021 – optou por omitir o requisito de singularidade na redação do art. 74, III. Saliente-se que antes, a Lei nº

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p.368.

14.039/2020 acrescentou o art. 3-A à Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), abordando tais requisitos para a caracterização dos serviços profissionais de advogado.

Diante de tais alterações legislativas, proceder-se-á à análise do seu impacto na contratação de serviços advocatícios.

5. A contratação de serviços advocatícios frente à alteração da Lei nº 8.906/1994

Constantes embates judiciais foram travados quanto à necessidade ou não de licitação precedendo as contratações de serviços advocatícios, o que culminou com a tramitação da ADC nº 45, no STF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, já reportada. Naquela oportunidade, a OAB sustentou que *“a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios em virtude de se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional tornam inviável a realização de licitação”*. Como visto, a linha encampada pelo relator da referida ação não é completamente aderente ao pleito da OAB, tendo-se estabelecido a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação como hipótese excepcional e sujeita à presença de requisitos específicos.

Paralelamente, cabe referir que, em 17 de agosto de 2020, promoveu-se alteração na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), através da Lei nº 14.039/2020, que passou a contemplar o seguinte texto:

Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Numa leitura inicial, a inovação legislativa aparenta contrariar as balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, que apresenta conceitos estanques de “notória especialização” e “singularidade do serviço”, apesar da necessária correlação entre eles para incidência da hipótese de inexigibilidade. Assim, segundo o STF, conforme já salientado, à notória especialização é característica subjetiva relacionada ao profissional que desempenhará a atividade, enquanto a singularidade do serviço é característica objetiva, relacionada à própria atividade, que leva a inviabilidade de competição.

Ainda segundo essa primeira leitura, ao condicionar a singularidade do serviço à notoriedade do profissional, a interpretação literal do art. 3º-A do Estatuto da OAB estabelecerá que todas as demandas relacionadas à área de notoriedade do profissional são singulares. Ou seja, relaciona a característica subjetiva do profissional (notória especialização) à característica objetiva do serviço (singularidade). Comprovada a notória especialização do profissional pressupor-se-ia a singularidade de todos os serviços profissionais por ele realizados.

A primeira questão a ser averiguada é se essa alteração se aplica ao regime das contratações públicas. Com efeito, a mudança foi efetuada no Estatuto da OAB, e não na Lei nº 8.666/1993, que é o diploma especial, disciplinando especificamente as normas de contratação de obras, bens e serviços pela Administração Pública, ressaltando-se que referida mudança ocorreu antes do ingresso da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas no ordenamento. Ademais, é certo que, além de não ter sido promovida nenhuma modificação na Lei 8.666, a própria mudança efetuada não faz nenhuma referência à sua aplicação no campo das contratações públicas. Em vista disso, não é possível extrair da modificação legislativa efeitos que vão além da topografia e da literalidade das inovações introduzidas. Em primeiro lugar, encontram-se no diploma que trata, em geral, da atividade dos advogados, e não do que trata, em especial, dos requisitos de contratação desses profissionais pela Administração Pública, por meio de contratos de prestação de serviços. Em segundo lugar, ainda que situadas em diploma legal diverso, não aludem, direta ou indiretamente, à revogação do regime especial de contratação de serviços técnico-profissionais especializados, previsto na Lei nº 8.666/1993. Ademais, conforme restará demonstrado adiante, o único entendimento que encontra sustentação tanto fática, quanto jurídica, é no sentido de que a singularidade do objeto a ser contratado determina a escolha do profissional pela sua notoriedade naquela área específica, e não o contrário, como se pode extrair de uma leitura isolada da Lei nº 14.039/2020.

Posto isso, conclui-se que, no que toca às contratações públicas de serviços advocatícios, pela regra da especialidade, permanecem valendo os requisitos estampados no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, destacadamente a notória especialização e a singularidade do objeto, individualmente consideradas.

Por outro lado, caso se entenda que a mudança efetivada no Estatuto da OAB teve o condão de revogar tacitamente o disposto na Lei de Licitações (mesmo sem que nenhuma referência tenha sido feita a esse respeito) e olvidando-se a regra básica de hermenêutica, segundo a qual a lei especial (contratação de serviços advocatícios por órgãos públicos, disciplinada na Lei de Licitações) prevalece sobre a lei geral (contratação de serviços advocatícios em geral), não existe base normativa para afirmar que foi ampliada a possibilidade de contratação desses serviços sem licitação.

De fato: não se olvide que o disposto no art. 3º-A, da Lei nº 8.906/1994, mantém os requisitos exigidos para a notória especialização constante do art. 25, § 1º, preconizando que ela depende da comprovação de que o *“trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”*. Impõe-se,

portanto, a necessidade de demonstrar que os serviços de determinado escritório são tanto essenciais quanto indiscutivelmente os mais adequados, o que exige um severo ônus de comprovação ao ente público e ao escritório contratado. Repita-se: nos termos do referido artigo, não basta que o serviço seja adequado, ele tem que ser *essencial e indiscutivelmente* o mais adequado. Se existirem outros igualmente adequados, está afastada a notória especialização. Por essa via interpretativa, não é incorreto supor que a caracterização das situações de inexigibilidade será mais difícil, e não mais simples, do que apenas de acordo com o regramento da Lei nº 8.666/1993.

De qualquer forma, e reforçando a posição assentada parágrafos acima, no sentido de que a modificação no Estatuto da OAB não eliminou os requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/1993, cabe fazer referência a julgados contemporâneos tratando da matéria.

Mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 14.039/2020, o Superior Tribunal de Justiça continuou exigindo tanto a notória especialização quanto a singularidade do objeto, aptas a comprovarem a inviabilidade de competição, para a contratação de serviços advocatícios. Em decisões recentes, e o que é mais relevante, posteriores à entrada em vigor da reforma no Estatuto da OAB, a referida Corte Superior mantém firme a exigência de ambos os requisitos. Veja-se, ilustrativamente, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. SUJEIÇÃO À LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. NECESSIDADE DE CONCRETA DEMONSTRAÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa na qual se narra a contratação da sociedade de advogados com indevida dispensa de licitação.
2. Embora se faça no acórdão recorrido alusão à inexigibilidade nos casos de singularidade e notória especialização (art. 25 da Lei 8.666/1993), o que se adota no aresto é ensino doutrinário segundo o qual a contratação de advogados possuiria "singularidade objetiva" (fl. 916, e-STJ). Categoricamente, o Tribunal de origem afirma que, "porquanto incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 5º, da Lei nº 8.906/94), os serviços de advocacia revelam-se, também, inconciliáveis com a licitação" (fl. 920, e-STJ).
3. A decisão está em confronto com a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de serem imprescindíveis à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação os requisitos da

singularidade do serviço e da inviabilidade da competição” (AgInt no AREsp 975.565/SP, Relator Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 30.9.2020).

4. De acordo com essa compreensão, a notória especialização deve ser concretamente demonstrada e “a existência de vínculo de confiança entre constituinte e constituído não pode ser admitida como fundamento para a contratação de serviços de advocacia com inexigibilidade de licitação” (AgInt no REsp 1.581.626/GO, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.11.2016).

5. *Correto o recorrente, ao apontar a “imprescindibilidade de demonstração dos requisitos que autorizam a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos de natureza singular com profissionais de notória especialização” (fl. 942, e-STJ), bem como ao defender que “a concorrência entre advogados por contratos com o poder público, seguindo as regras da Lei de Licitação e Contratos, é distinta da disputa por clientes, supostamente vedada pela OAB” (fl. 950, e-STJ).*

6. Recurso Especial parcialmente provido, para, reconhecida a inafastabilidade dos requisitos relativos à notória especialização e à singularidade, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de verificar se esses pressupostos foram concretamente demonstrados, bem como para, se for o caso, examinar os demais pedidos formulados na Ação de Improbidade²⁷.

É certo que, se o Superior Tribunal de Justiça entendesse que a referida alteração legislativa modificou a regulamentação da matéria, notadamente por tornar lícita conduta que anteriormente era reputada ilícita, teria, de pronto, alterado seu entendimento.

Destaque-se que também o Tribunal de Contas da União, mesmo após o advento da mudança no Estatuto da OAB, registra julgamento recente, no qual considerou-se que a legalidade de contratação de advogados por inexigibilidade de licitação depende da presença cumulativa tanto da notória especialização, quanto da singularidade do objeto²⁸.

6. Requisitos para a contratação de serviços advocatícios à luz da Lei nº 14.133/2021: da exclusão da singularidade e suas consequências

²⁷ STJ, REsp 1725377/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 09/04/2021. Destaques nossos.

²⁸ TCU, ACÓRDÃO 2797/2021 - PLENÁRIO, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julgado em 24/11/2021.

É certo que, mais recentemente, entrou em vigor a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). O novo diploma não revogou automaticamente a Lei nº 8.666/1993, estabelecendo-se uma *vacatio legis* de dois anos, na qual convivem paralelamente os dois diplomas (art. 193, II), com exceção da parte criminal, que implicou a pronta revogação da legislação anterior.

Apesar da similaridade com que trata da inexigibilidade de licitação, a nova lei trouxe alterações no seu texto quanto à contratação direta de serviços técnicos especializados, constantes do art. 74, III.

Inicialmente, quanto à *notória especialização* houve a mudança do requisito do trabalho ser “essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”, pelo requisito do trabalho ser “essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”, conforme se depreende do § 3º, do art. 74²⁹. Por outro lado, o texto legal não mais se reporta à “singularidade do objeto”, requisito expressamente estabelecido na Lei nº 8.666/1993, para a inexigibilidade de contratação de serviços técnicos especializados (art. 25, II).

A princípio parece que a *notória especialização* na nova Lei de Licitações surge com um sentido mais flexível, não exigindo que o prestador de serviço a ser contratado seja o único capaz de atender às expectativas do objeto do contrato. Porém, ao manter o requisito de “essencialidade”, remete à necessidade de demonstração da indispensabilidade da especialidade que se busca no profissional contratado para a realização do serviço. Logo, de antemão, para a inexigibilidade é indispensável que o objeto a ser contratado se apresente de forma delimitada, capaz de justificar a essencialidade daquele profissional diretamente contratado.

Entende-se, então, que a identificação das necessidades da Administração que motivaram o interesse em contratar precede (ou seja, antecede lógica e cronologicamente) a análise da *notória especialização* do profissional. Em outras palavras, primeiro deverá ser definida a demanda, cuja finalidade precípua é o atendimento do interesse público, para depois ser escolhido o profissional mais adequado para sua plena satisfação, oportunidade em que será demonstrada, se for o caso, a essencialidade da atuação de profissional com *notória especialização* para sua plena satisfação, apto a justificar a contratação mediante inexigibilidade.

De fato: extrair-se do texto legal (seja da alteração promovida no Estatuto da OAB, seja da nova Lei de Licitações) a interpretação de que a singularidade do objeto é automaticamente inferida da *notória especialização* do profissional, e que essa *notória especialização* permite, *de per se*, a contratação por inexigibilidade, conduz aos seguintes disparates. Em primeiro lugar, conforme já apontado, atrela-se um elemento de natureza objetiva (o objeto contratual), a outro de natureza subjetiva e

²⁹ Art. 74(...) § 3º Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de *notória especialização* o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

variável (a capacitação do profissional). Em segundo lugar, e por consequência lógica, se a contratação for feita com um profissional de notória especialização, o objeto poderia ser considerado singular. Por outro lado, se idêntico objeto for contratado com um profissional sem notória especialização, ele não pode ser considerado singular. Ou seja: só se saberá se o objeto é singular ou não *a posteriori*, depois de se definir qual o profissional a ser contratado. Em terceiro lugar, tanto o requisito da notória especialização quanto o da singularidade do objeto são elementos que se destinam a comprovar a inviabilidade de competição. Por essa razão, sempre será necessário averiguar se a competição é possível e, para isso, não há como se fugir à identificação do objeto contratual, de forma que a avaliação da singularidade do objeto é condição incontornável para a averiguação da possibilidade de competição, encontre-se ou não aquela expressamente prevista como requisito legal para a inexigibilidade.

Não se ignora a ausência do termo “singular” na redação do art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021 como requisito para a contratação por inexigibilidade de licitação. Porém, não se vislumbra como se separar a notória especialização do prestador do serviço do caráter único (singular) da demanda da Administração Pública. Para que haja a inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, faz-se necessária a especialidade da demanda a ser suprida por um profissional cuja especialização seja essencial ao seu atendimento. Sem uma demanda especial, ou seja, singular, a exigência de notória especialização não se sustenta, o que volta a atrair a licitação por técnica e preço³⁰.

Para a contratação por inexigibilidade, é preciso que o serviço apresente singularidade tal, que necessite de resposta específica, que somente poderá ser fornecida por profissional com notória especialização para aquela matéria, não comportando a contratação resultante de processo licitatório impessoal. Há obrigatoriedade de se demonstrar a compatibilidade da formação do profissional contratado em relação às especificações do serviço demandado pela Administração. Logo, a singularidade do serviço é característica implícita, necessária à avaliação da notória especialização do profissional a ser contratado para atender à demanda da Administração Pública.

No que concerne à contratação de serviços advocatícios, não se justifica a contratação com base no art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021, para, por exemplo, prestar “assessoria jurídica” ao ente público, pois sem especificação da demanda não se poderá estabelecer se o contratado possui ou não notória especialização, desde quando as atividades advocatícias são bem delimitadas por áreas de atuação. Com efeito: ainda que se trate de um escritório especializado em “direito administrativo”, não significa que detenha expertise para todos os temas correlatos a tal ramo do direito. Assim, tem-se aqueles com notoriedade em “licitações e contratos” que não necessariamente serão notórios para questões vinculadas a “parcerias público-

³⁰ SALES, Hugo. Art. 74, III. *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/21, comentada por Advogados Públicos*. SARAI, Leandro (org.). Salvador: JusPodivm, 2021. p. 886.

privadas”, que necessitam de conhecimentos mais específicos, inclusive relacionados ao “direito administrativo econômico”.

7. Conclusão

A necessidade de a Administração Pública valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros para atendimento dos seus interesses faz com que contratos administrativos sejam firmados. Não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha dos contratados, pois certamente tal liberdade daria margem para escolhas impróprias, direcionadas por interesses outros, que não os da sociedade em geral. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, os contratos administrativos são precedidos, em regra, de licitação, cuja obrigatoriedade impõe-se nos termos do inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal.

No caso dos serviços advocatícios, apesar de incluídos entre as atividades da Administração pública, o que leva à criação de cargos e empregos públicos para o seu exercício, hipóteses existem de que demandam a terceirização de tais serviços.

Classificados como serviços técnicos especializados, os serviços advocatícios são contratados, em regra, através de licitação na modalidade concorrência, com o critério de julgamento “técnica e preço”. No entanto, encontram-se também entre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, desde que presentes os requisitos legais. Assim, nos termos da Lei nº 8.666/1993, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios requer, além da inviabilidade de competição, a singularidade do objeto e a notória especialização do profissional a ser contratado.

O ponto central deste trabalho apoia-se na análise da manutenção ou não da exigência de singularidade do objeto do contrato após a inclusão do art. 3-A na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), pela Lei nº 14.039/2021, bem como após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas – Lei nº 14.133/2021 – que omitiu o requisito da singularidade do objeto.

À luz de tudo quanto exposto, é possível assentar duas conclusões. Em primeiro lugar, com relação às contratações efetuadas com base na Lei nº 8.666/1993 (e foram apenas essas as examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da União), continua necessária a exigência de comprovação cumulativa da notória especialização e da singularidade do objeto. Essa conclusão alinha-se com o entendimento exposto parágrafos acima, no sentido de que a alteração promovida no Estatuto da OAB não teve o condão de impactar nas contratações públicas regidas pela Lei nº 8.666/1993. A segunda conclusão é que as contratações que vierem a ser celebradas com fundamento na Lei nº 14.133/2021 exigirão a comprovação da inviabilidade de competição e notória especialização do escritório de advocacia a ser contratado, o que pressupõe que a demanda, objeto do contrato, deve ser única e, portanto, singular, para que se possa concluir pela essencialidade do prestador de serviço escolhido.

Referências bibliográficas

- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Modalidades e rito procedimental da licitação. *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2021.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- JUTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- _____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2015.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SALES, Hugo. Art. 6º, XVIII. *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/21, comentada por Advogados Públicos*. Leandro Sarai (org.). Salvador: JusPodivm, 2021.
- _____. Art. 74, III. *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/21, comentada por Advogados Públicos*. Leandro Sarai (org.). Salvador: JusPodivm, 2021.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As empresas estatais, o concurso público e os cargos em comissão. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, nº 234, 2006.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

Direito à morte digna¹

The right to die with dignity

Reis Friede*

Resumo

O presente artigo tem como objeto de discussão “o direito à morte digna”. Busca refletir acerca de questões culturais da sociedade brasileira, herdadas do pensamento ocidental judaico-cristão, vistas como entrave ao avanço social e jurídico de temas considerados tabu², como a morte. Mostra que o Direito à vida é um direito fundamental, mas não é um direito absoluto, uma vez que nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. Por fim, defende a ideia de que a vida pertence a cada um de nós, não ao Estado, não à sociedade e, como o Estado brasileiro é laico, não há como, logicamente, sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida. A conclusão é que assim como ninguém pode ser condenado a morrer, também não pode ser condenado a viver uma existência sem sentido.

Abstract

The current article aims to analyze “the right to die with dignity”. It tries to reflect about the Brazilian society cultural issues inherited from the Western World Judeo-Christian Values, seen as an obstacle to the social and legal development of subjects which are considered taboo, like death. It shows that the right to life is a fundamental right, but it is not considered absolute, given that no right must be considered absolute. Finally, it defends the idea that life belongs to each one of us, not to the State, not to the society and, since the Brazilian State is secular, it is not possible, logically, to sustain the thesis that nobody has the right to dispose of its own life. Like no one can be condemned to die, the same goes for the opposite situation, and, still, it is not licit to nobody to condemn another human being to live a senseless existence.

¹ Este artigo se vincula ao projeto de pesquisa denominado “Direitos Humanos e Cidadania”, em curso, coordenado pelo autor e desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, PPGDL, e ao Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, desde fevereiro de 2014.

* Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Desembargador Federal e Vice-Presidente do Tribunal Federal da 2ª Região. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

² O termo se refere a um conceito cunhado por Sigmund Freud em sua obra *Totem e Tabu* (volume 11 das *Obras completas*). Neste trabalho, o pai da Psicanálise elabora uma reflexão a respeito dos tabus na regulamentação da sociedade. Tal obra é, a princípio, uma leitura endereçada aos antropólogos, em que Freud busca analisar a gênese dos totens – símbolos sagrados e respeitados – e dos tabus – proibições de origem incerta – que cercam e cerceiam as liberdades individuais e coletivas de uma determinada sociedade.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito fundamental. Direito à existência digna. Direito de morrer.

Keywords: *Euthanasia. Fundamental right. The right to a decent existence. The right to die.*

Introdução

Este trabalho é produto de debates e reflexões realizadas no projeto de pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania”, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, PPGDL, e ao Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, desde 2014.

O tema “Direito à morte Digna” tem sido debatido em vários espaços de atuação deste pesquisador, principalmente em seminários do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” e em aulas da disciplina “Ciência Política e Teoria Geral do Estado”.

O tema é recorrente na sociedade brasileira, mas quase sempre escamoteado pelas esferas político-jurídicas, de modo que é fundamental debatê-lo no ambiente acadêmico para a formação de massa crítica com vistas à defesa de um direito humano essencial, que é o direito de morrer com dignidade. O que motivou a pesquisa e a escrita do artigo foi exatamente a necessidade de debater o assunto, oferecer outro ponto de vista diferente daqueles que não permitem a evolução normativa em direção ao livre arbítrio.

O objetivo primordial é mostrar que o pensamento ocidental judaico-cristão, arraigado na sociedade brasileira, é um dos principais entraves ao debate e à efetivação do direito de morrer com dignidade. O artigo também busca evidenciar que o direito à vida é um direito fundamental, mas não um direito absoluto, já que nenhum direito o é. E, ainda, que a vida pertence a cada um de nós e que o livre arbítrio nos permite, sim, dispor da própria vida.

Para dinamizar a exposição do tema e debatê-lo de maneira organizada e com mais profundidade, optou-se por dividir o artigo em quatro partes: na primeira, discute-se a raiz teológica do problema, isto é, os atavismos teocráticos que não permitem, em vários espaços públicos, sequer debater assuntos considerados da “ordem do sagrado”, e a morte é um deles. Na segunda parte, estabelecem-se relações entre o direito à vida e o direito à morte e as implicações entre o direito e a moral e suas correlações com as esferas pública e privada. Em seguida, aprofundam-se questões jurídicas atinentes ao direito à vida, como bem tutelado que é, para concluir que o homem não somente possui o direito à vida, como também à dignidade relativamente a ela, sob pena de fazer suplantar o correlato direito à liberdade. Por fim, na última parte, discute-se o direito à morte assistida e as consequências jurídicas dela decorrentes, tal como a previsão contida no Código Penal de 1940, cujo artigo 122 prevê a pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe

auxílio para que o faça". Mas, mesmo assim, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente manifestar-se previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade.

O fecho do artigo não significa obviamente fim do debate, mas uma pausa, antes de encadear discussões de outros aspectos inerentes ao tema e que a pesquisa irá apontar.

1. Atavismos teocráticos

Como diz Rabelo (2006), a história, como tecido cultural, ocupa importante papel na compreensão da expressão do "ser-no-mundo" diante do fenômeno da morte. A autora vê o passado como testemunha do vivido que, recuperado pela historiografia, permite revelar nas diferentes épocas o modo pelo qual esse evento (a morte) vem sendo interpretado no decorrer dos tempos. Tal visão histórica, ou diacrônica, contribui para o entendimento do morrer na sociedade urbana e tecnológica em que vivemos.

A humanidade vive hoje tempos em que os expressivos avanços da medicina e o desenvolvimento das ciências da vida, numa perspectiva ampla, transformaram as condições de vida e, por via de consequência, a forma como a sociedade avalia a questão do que seria uma morte digna.

Em suas reflexões, a teórica busca entender as razões do silenciamento e do pouco debate sobre a morte. Afirma que inexistente um espaço subjetivo que possibilite a expressão da ausência do outro. "Um 'lugar' em que a negação não se imponha majestosa e altiva, forjando ações que afastam o ser humano daquela que lhe é intrínseco, a morte". (RABELO, 2006, p. 6)

Tal pensamento reforça a teorização de Freud (1974) que afirma que o ser humano é dividido entre a pulsão de vida e a pulsão de morte: Eros e Tânatos. Se por um lado, pulsa o desejo de viver em nós, por outro, há uma busca, ainda que inconsciente, pelo fim das angústias, pela sensação inorgânica anterior ao nascimento.

Não parece elucidativo discutir o tema "direito de morrer com dignidade" sem tentar entender as suas implicações nas várias esferas subjetivas dos indivíduos, já que a cultura ocidental judaico-cristã, em que estamos inseridos, do modo como se apresenta hoje, regida pela aparência, pelo individualismo e especialmente sustentada pelo culto ao belo e ao novo e que "embala Narciso³ em berço esplêndido", recorrentemente (desde Aristóteles) procura negar o debate objetivo sobre o direito de morrer. É como se a morte (transformada em tabu) não fizesse parte da vida, não fosse intrínseca a

³ Narciso é personagem da mitologia grega, que se apaixona pela sua própria imagem. Castro (2009) faz uma analogia entre essa figura arquetípica, incapaz de ver além de sua própria sombra refletida no espelho d'água, e o consumidor da atualidade. Afirma que do ponto de vista psicanalítico, pode-se dizer que a sociedade pós-industrial fundada no consumo e na sedução opera com base numa economia psíquica bastante diferente da sociedade industrial fundada na produção e na disciplina. O superego clássico, paterno, repressor, segundo a descrição de Freud, dá espaço a um superego arcaico, materno, permissivo, segundo a hipótese de Lacan.

ela. Na sociedade atual, a vida, em consonância com as ideias de Castro (2009) já não se organiza sobre bases éticas, mas estéticas. Priorizam-se a gratificação imediata, o presente e as aparências e isso também afasta a ideia da morte.

No Brasil, o avanço do debate político-jurídico acerca de temáticas consideradas tabu, bem como a efetivação de direitos neste âmbito, é muito lento. E o tema “direito à morte digna”, como muitos outros, esbarra na questão da sacralidade (componente formador do tabu), que sob o manto da religiosidade questiona o livre arbítrio.

Não há como deixar de reconhecer que a sociedade brasileira nunca deixou de se caracterizar, pelo menos em alguma medida, como uma metrópole de nítidas feições medievais, por viver permanentemente atrelada a um autêntico fundamentalismo religioso, particularmente de índole cristã, tão rigoroso e extremado (ainda que mais dissimulado em relação aos clássicos radicalismos religiosos, de feição mulçumano xiita ou de qualquer outra natureza) que simplesmente vem, reconhecida e sistematicamente, impedindo qualquer tipo de avanço social perceptível sobre temas importantes e de fácil “negociação” em outras localidades mais desenvolvidas.

Há, na verdade, uma grande dificuldade sobre qualquer debate sóbrio e desapixonado sobre assuntos que, em países democráticos (democracias reconhecidamente qualificadas como de “conteúdo”⁴), traduzem, sobremaneira, a genuína e almejada garantia de proteção aos direitos invioláveis relativos à dignidade humana, entre os quais o direito inalienável a uma morte digna.

Neste sentido, é forçoso verificar que, se, por um lado, o “cristianismo brasileiro” (ou qualquer outra crença verde e amarela) revela-se, por imperativo constitucional, um incontestado direito, no âmbito da ampla liberdade religiosa que rege o regime democrático nacional, não pode ser, por outro, uma verdadeira (e sutil) realidade impositiva (em forma, inclusive, de inaceitável desafio aos ditames legais vigentes), ao ponto extremado de simplesmente determinar como e quando devemos morrer.

Tal “cristianismo” irracionalmente pugna pela morte como uma espécie de espetáculo trágico, que envolve atores em níveis diferenciados de purgação (mas

⁴ O filósofo italiano Paolo Flores D’Arcais (*El país*, 2000), ainda que sem citar a expressão “*democracia de conteúdo*”, já alertava sobre a efetiva importância dos valores democráticos, assinalando que “na verdadeira democracia, o consenso eleitoral, o princípio da maioria, é importante, mas não fundamental [...]”. Para concluir, em seguida, que o fundamento do verdadeiro regime democrático se encontra “no sublime respeito aos direitos civis”.

Carlos Pagni (em “O poder absoluto das maiorias”, *O Globo*, 2015), em adição, adverte que o *poder das maiorias não é absoluto em uma democracia*, para, em ato contínuo, em tom de questionamento reflexivo, registrar a ideia, segundo a qual, não é o povo que é soberano, mas os valores nos quais a democracia se encontra fundamentada.

Ainda que a atual constituição brasileira, de 1988, em sua redação textual aluda à soberania (art. 1º, I) como fundamento do Estado brasileiro, continua a vigor em nosso país a equivocada “soberania popular” que, sob certo ângulo analítico, permite a conclusão hermenêutica de que os valores democráticos – notadamente a “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III) – podem de alguma forma ser desrespeitadas (como de fato o são) por uma pretensa vontade da maioria, expressa ou não por representantes legislativos.

Esta simples possibilidade – independente de se constituir em uma efetiva realidade –, por si só, já denota o quão frágil é a democracia brasileira (qualificada como de simples continente formalizante), em comparação com aquelas existentes, sobretudo, em países europeus desenvolvidos (*ex vi*, Holanda, Dinamarca, Suécia, Alemanha etc.).

onde todos sofrem), conduzindo, por fim, à ideia de “remissão dos pecados”. A dor e o sofrimento buscam, neste sentido, reproduzir, impositivamente para todos, o exemplo da redenção de Cristo. Essa conduta autoritária deve ser debatida e rejeitada, posto que todos devam ter de *per si* o direito inalienável de, na qualidade de indivíduos-cidadãos, confessarem outras crenças (inclusive a própria ausência de crenças), e, desta feita, o correspondente direito de escolher o momento e o tipo de morte que interpretar como mais digno e adequado em relação à breve e controvertida existência no planeta.

Pensar de modo diverso é simplesmente obrigar todos os cidadãos brasileiros a viver sob o manto de uma pseudodemocracia, em um regime meramente “continente” e “formal”, que apenas reproduz uma enganosa aparência democrática⁵ (e secularmente laica), desmedidamente reveladora, neste sentido, quando afirma, em palavras vazias, uma suposta, porém frágil e falseada defesa dos direitos individuais, ainda que estes se apresentem expressa e formalmente consignados na Constituição.

Nesse contexto analítico, o mais importante dos direitos humanos que se falseia é o sublime respeito à dignidade humana, considerando, sobretudo, que não há nada mais indigno, desrespeitoso e ultrajante do que obrigar qualquer ser humano a submeter-se aos verdadeiros rituais religiosos (mesmo quando estes possam se apresentar chancelados por expressiva parcela da sociedade que os entenda como corretos e insuperáveis) que, desta feita, nos são impostos a nossa própria vida, ditando e orientando nossos comportamentos e impedindo que possamos, minimamente, decidir aspectos próprios e particulares, de indiscutível natureza de foro íntimo, relativos a nossa própria existência e ao sentimento morte.

Resta extremamente penoso constatar, nesse sentido, que o nosso País continua a ser – não obstante todos os alardeados avanços sociais e políticos – uma simples democracia formal⁶, não tendo logrado atingir, até o presente momento, o almejado

⁵ Há uma grande e reconhecida diferença entre o *regime democrático material* (substantivo ou de “conteúdo”) e o *regime democrático formal* (aparente ou “continente”). Em nossa obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, 245 p., já ousamos advertir que a permanente omissão do dever estatal de agir, na defesa dos valores democráticos assegurados no texto constitucional (de forma expressa ou implícita), compromete a sinérgica possibilidade de se reconhecer o Brasil como um verdadeiro exemplo de *democracia*. É exatamente desta virtual omissão do dever estatal de agir que em muitos casos, mesmo existindo um indiscutível Estado democrático de direito (pelo menos sob a ótica formal), a democracia (na qualidade de império da lei e da ordem jurídica) não se realiza em sua plenitude (democracia material ou substantiva), forjando o que, nos últimos anos, convencionamos chamar de democracia formal (ou aparente). Neste regime, ainda que possa existir *ampla liberdade, efetivo respeito formal* (por parte do Estado) *aos direitos individuais e coletivos* e outras características próprias da *democracia*, não há a efetividade plena da *lei e da ordem jurídica*, existindo um Estado que, em essência, não consegue, por simples omissão (de seus governantes) e/ou sinérgica impotência de meios, concretizarem, na prática, o próprio direito positivo (constitucional e infraconstitucional) que produz e continua legitimamente (consensualmente). Em grande medida, este é, para muitos estudiosos, o retrato do *Estado brasileiro* que, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e de outros matizes, não consegue fazer valer, em termos práticos e concretos, para todos os cidadãos e em todos os casos, como determina a Constituição, elementos legais básicos, muitas vezes relativos a direitos fundamentais (de natureza constitucional) e que, neste aspecto, apenas aparentemente, se encontram assegurados.

⁶ Deve ser observado que o texto constitucional vigente enquadra o Brasil como um “*Estado Democrático de Direito*” (e não um simples “*Estado de Direito*”, ou seja, um estado que se submete às leis que edita, independentemente da existência dos valores democráticos que devem necessariamente aceitá-los)

patamar evolutivo de uma autêntica democracia material que, em última análise, se caracteriza, acima de tudo, pela real e efetiva implementação de um Estado laico, bem como pelo absoluto respeito aos direitos fundamentais, especialmente os associados à dignidade humana.

2. O direito à vida e à morte

Embora a morte seja intrínseca à vida, o debate sobre o direito à morte digna é muito recente. Se o direito à vida sempre existiu, ainda que não fosse positivado ou respeitado, e se a morte é indissociável da vida, como se poderia cogitar de uma vida digna sem que houvesse uma morte digna? A nosso sentir, a vida deve ser digna do começo ao fim.

Segundo Ramataro (2013), desde a Antiguidade grega já se vislumbrava correntes totalmente antagônicas no que tange à aceitação da “morte digna”. A primeira, liderada por Platão, Sócrates e Epicuro, defendia a ideia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o implemento do suicídio. Em contrapartida, Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, líderes da segunda concepção, condenavam a eutanásia e o suicídio assistido. Como se vê, o modo aristotélico de pensar a respeito do direito à morte digna sagrou-se vencedor no decorrer dos séculos.

Como é sabido, as ideias de Aristóteles foram difundidas e perpetuadas, a partir da Idade Média, por São Tomás de Aquino⁷. Tal pensador foi considerado o mais importante filósofo durante todo o período medieval e sua doutrina tida como verdade inatacável. Foi com base em sua obra que São Tomás de Aquino buscou harmonizar as noções de verdade e fé.

A preocupação com o direito de morrer volta a ser debatida (reaparecendo na literatura) no século XVII pelo filósofo Francis Bacon⁸, que obviamente estava

mencionando expressamente cinco fundamentos que o caracterizam como tal, entre os quais, com devido destaque, o sublime respeito à “*dignidade da pessoa humana*”. (Art. 1º, III).

A formalização do objeto de se criar um *Estado democrático* parece claro, inclusive pelo próprio preâmbulo da constituição, que textualmente menciona o propósito dos constituintes, representando o povo brasileiro, de “*instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]*” (Grifos nossos).

Todavia, passados mais de 25 anos de sua vigência, não se pode negar a absoluta falência em relação à efetiva *materialização* de seus *valores democráticos fundamentais*, obrigando-nos a categorizar o atual estágio democrático brasileiro como uma simples “*democracia formal*”, ainda refém de postulados importantes, particularmente, de caráter religioso.

⁷ Segundo Bosco (2015), no período compreendido entre o início do século XI e fins do século XIII, a Igreja Católica teve papel primordial, com a afirmação da teocracia papal que assegurou a estruturação da cristandade. No campo filosófico, dominou a escolástica (busca do saber pela leitura e interpretação de textos de autores considerados “autoridades”), em que se procurava a harmonização de fé e razão.

⁸ A expressão foi proposta pela primeira vez no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon em sua obra “Tratado da vida e da morte”. Mas foi durante a Segunda Guerra Mundial, já em 1939, que a palavra assumiu conotação negativa. Nesse período, foi criado na Alemanha o Programa Nazista de Eutanásia. O termo “eutanásia” passou a ser empregado por alguns regimes autoritários na primeira metade do século XX, entre eles, especificamente, o nazismo, que colocava em prática uma espécie de eutanásia social, isto é, pessoas que serviriam apenas para conspurcar a espécie humana mereciam ser excluídas. Por conta

preocupado com o sofrimento das pessoas diante de doenças para as quais não havia cura. Foi este pensador que cunhou o vocábulo “eutanásia” para designar o tratamento adequado de doenças incuráveis. Etimologicamente, o termo significa “boa morte”, “eu” (boa ou bom) e “*thanatos*” (morte).

Para Ana Maria Marcos (2014, p. 8), em última instância, o debate sobre a eutanásia gira em torno do eterno problema da fronteira entre o direito e a moral, entre o âmbito privado e o domínio do público. *“Se trata de saber hasta qué punto podemos confiar a la moral su regulación y cuándo debemos acudir a la regulación jurídica”*. No caso do Brasil, a nossa moral relativamente ao tema se assenta nos mitos da sacralidade difundidos pela cristandade e, adicionalmente, como diria Foucault (2002), naquilo que faz a morte ser “antipática” e improdutivo ao cessar o culto do “eu” e a realização de coisas.

Ainda segundo Marcos (2014), na questão da eutanásia se somam outras complexidades, pois confluem diversos ramos do saber, cuja análise não pode ser deixada de lado, em razão da incidência em ditas áreas: Medicina, Sociologia, Ética... e, principalmente, no campo da Medicina, cujo avanço constante *“nos obliga a movernos en un ámbito de incertidumbre en relación con el diagnóstico de enfermedades que bien pueden convertirse en “curables”, o permiten prolongar la vida del paciente sin que eso conlleve una mejoría en su calidad de vida”*. (MARCOS, 2014, p. 8)

O tenso debate demonstra a complexidade do tratamento jurídico à eutanásia e as dificuldades de partir de um ponto de vista meramente formal, para se chegar a uma regra aplicável a todas as indagações ou hipóteses. E se os elementos que estão no fundo da problemática são complexos, os que se encontram na superfície também o são, tais como: em que consiste a qualidade da vida? A eutanásia deve ser aplicada somente a doentes terminais? Uma pessoa próxima da morte é capaz de decidir? Por que é o médico que deve praticar a eutanásia?

Obviamente que a defesa do “direito à morte digna” não prescinde de uma reflexão acerca dos avanços da medicina, das questões éticas inerentes e da regulação adequada. Embora a discussão seja relativamente recente no campo do Direito, pode-se dizer que há alguns consensos entre os que debatem o tema, sobretudo entre os que são favoráveis a um direito à morte. Primeiro, o fato de que os debates sobre o direito à morte digna ganharam força a partir mesmo dos avanços médicos e tecnológicos prolongadores da vida – os quais, por um lado, salvaram as vidas de muitas pessoas, mas, por outro, puseram o “morrer” em uma situação delicada e até então desconhecida.

disso, o termo ficou carregado pejorativamente e, até hoje, muitos médicos ao ouvir falar de eutanásia não consideram sequer a possibilidade de discutir o assunto. (Freitas, 2015)

⁹ Na mitologia grega é um deus tido como é a personificação da morte. É irmão gêmeo do deus do sono *Hipinus*. Seu nome é transliterado em latim como *Thanatus* e seu equivalente na mitologia romana é *Mors* ou *Leto* (letum). *TÁNATOS: A PERSONIFICAÇÃO DA MORTE*. Disponível em: <http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificacao-da-morte.html>. Acesso: 12 mar. 2015.

O relatório da Comissão de Reflexão para o Fim da Vida na França (LIMA & MAIA, 2015), lavrado a pedido do Presidente francês, François Hollande, em 2012, já indicava, naquele ano, que 56% dos franceses desejavam “melhor assistência médica para morrer”, e a necessidade de abertura das vias legais para tanto. Em 18 de março de 2015, a Assembleia Nacional Francesa decidiu, por ampla maioria (436 votos contra 34), que os pacientes terminais terão direito à “sedação profunda e contínua”. Conforme as novas regras, médicos devem respeitar vontades expressas e registradas pelo doente, como a recusa a tratamentos agressivos, por exemplo. (JORNAL O GLOBO, 2015)

É manifesto que o número de países europeus com legislação concernente ao direito à morte digna vem aumentando: Bélgica, Suíça e Holanda, de modo inovador e pioneiro, já têm legislação específica sobre a matéria, sendo que Espanha e Portugal vêm discutindo os parâmetros regulatórios desse (relativamente) novo direito. Uma pesquisa apresentada pela *Swiss Medical Lawyers Association* (SMLA), feita com 12 mil europeus, mostrou que em muitos países da Europa a maioria das pessoas deseja poder escolher como morrer: Portugal: 79%; Alemanha: 87%; Espanha: 85%; Grécia: 52%; Irlanda: 68%. (LIMA; MAIA, 2015)

A Holanda possui, desde 2012, uma unidade móvel que vai aos domicílios auxiliar “pacientes que sofrem insuportavelmente sem nenhuma perspectiva de melhora”, mas cujos médicos não estão dispostos a fazer a eutanásia. A equipe atua quando a família ou os médicos se recusam, por motivos éticos, a administrar drogas letais a pacientes incuráveis que desejam morrer. A eutanásia é legalizada na Holanda desde 2002 e a pessoa tem permissão para fazê-la se o sofrimento for “duradouro e insuportável”. O país já realizava por ano, antes da implementação da unidade móvel, 2.700 eutanásias, segundo a Associação de Direito de Morrer. Após a sua criação, pelo menos mais 1.000 são realizadas anualmente. O doente é sedado e entra em coma; após, lhe é aplicada uma droga que provoca a parada cardiorrespiratória e morte. (COLLUCI, 2012)

A Lei da Morte Digna, aprovada por unanimidade pelo Senado argentino em 09 de maio de 2012, consagra o direito dos pacientes ou de seus tutores legais, no caso de menores de idade que sofrem doenças irreversíveis, incuráveis ou em estágio terminal, de decidir voluntariamente a respeito da retirada dos aparelhos de suporte da vida. O debate sobre o tema, bem como a aprovação da lei foram impulsionados pela mãe da menina Camila Sanches (com três anos e que respirava por aparelhos, desde que nasceu em razão de hipoxia¹⁰), que enviou uma carta à Presidenta argentina, Cristina Kirchner, na qual reivindicava uma mudança na legislação, de modo que se reconhecesse o direito à morte digna. Na missiva, a genitora afirmava que sua filha era vítima de uma “clara obstinação terapêutica”, pois aos quatro meses, foi submetida a uma traqueostomia e recebeu o implante de um “botão gástrico” (por onde respirava),

¹⁰ Baixa taxa de oxigênio no sangue.

com o qual permaneceu até o dia de sua morte, em 08 de junho de 2012, logo em seguida à aprovação da lei, duas horas após ser desconectada do respirador.

A toda evidência, ninguém deixa de perecer. Com os avanços da Medicina, as pessoas passaram a demorar mais para perecer: o homem passou a se ver definhando em um leito de hospital, em uma despedida familiar lenta e, por vezes, dolorosa, em convivência desagradável com o abismo fúnebre, sem que pudesse, enfim, morrer e descansar em paz. Para muitos, tal situação ofende a dignidade. No quadro narrado, surgiu, então, o direito de decidir sobre o próprio fim, quando este é iminente e inevitável, embora clinicamente adiável. A questão é o que fazer depois de receber a notícia de uma doença grave e incurável? A maioria prefere nem pensar nisso, mas o envelhecimento das pessoas põe, obrigatoriamente, o tema em pauta.

Atualmente, mais do que aplicar tratamentos invasivos e sem benefícios, o que muitos médicos buscam é aliviar a dor emocional e física do paciente em seus momentos finais, garantindo-lhe uma boa morte. Um estudo sobre o tema, publicado pela revista *The Economist*, em 2010, mostrou que o Brasil é mal avaliado quando se trata de assistência nos instantes derradeiros da vida, ficando em 38º entre 40 países, à frente apenas de Índia e Uganda. (MILHORANCE, 2014)¹¹

3. O direito à existência digna

De todos os denominados direitos genéricos individuais expressamente assegurados pela Constituição brasileira, destaca-se, sem dúvida, o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88) como o mais importante e elementar (para alguns, até mesmo sagrado) direito, posto que – consoante pensamento unânime da doutrina jurídica – direta e indubitavelmente associado à própria existência humana.

Na concepção doutrinária brasileira, em particular, o direito à vida é comumente conceituado como o direito de não ter interrompido o processo vital, tradução esta que, em sua ingênua simplicidade construtiva, conduziria, caso assim fosse possível proceder, ao absurdo de se concluir – ainda que forçosamente através de uma desautorizada (e sempre condenável) interpretação puramente literal – quanto à sinérgica impossibilidade jurídica concernente à incontestabilidade lícita

¹¹ Segundo relatório da consultoria britânica *Economist Intelligence Unit*, o Brasil obteve o grau 42,5% no “Índice de qualidade de morte”, ocupando a 42ª posição do *ranking* de 80 países, constituindo-se em um dos países menos preparados em *cuidados paliativos* para doentes terminais.

Consoante avalia *Maria Goretti Sales Maciel*, presidente da Academia Nacional de Cuidados Paliativos e que participou como consultora durante a elaboração do relatório, o Brasil não permite um amplo acesso a terapias e medicamentos, *analgésicos* especialmente, concluindo que, em nosso País, “*quem tem dor morre com muita dor*” (O Globo, 07/10/2015, p. 28).

Em necessária adição, *Mayla Cosmo*, coordenadora do curso de especialização em psicologia da saúde, na PUC-Rio, afirma também que esta é uma questão cultural, pontuando que “*No Brasil, não há essa educação para a morte. Não somos preparados para enfrentá-la*” (*ibidem*).

(ainda que em situações excepcionais) da pena de morte¹², da eutanásia (em sentido amplo)¹³, do aborto¹⁴ e da própria legítima defesa¹⁵.

Discute-se – especialmente nos últimos tempos – acerca do instante do surgimento da vida (e de seu próprio conceito) e, portanto, a partir de quando nasceria o correspondente direito à vida. No entanto, com o devido respeito aos mais célebres estudiosos do tema, parece-nos que este não é (nem deve ser) o foco central da controvérsia, considerando que antes de qualquer análise mais criteriosa deve-se questionar, preliminarmente, à vida de quem (ou de quais seres vivos), especialmente, se refere o dispositivo normativo e a consequente razão da sua própria existência jurídica, não somente na Constituição brasileira (art. 5º, *caput*, da CF/88), mas também nas Constituições de praticamente todas as Nações e igualmente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 3º preceitua: “Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Por efeito consequente, o dúplice questionamento e sua natural interdependência colocam-se, inicialmente de forma originária e antecedente (o destinatário primeiro da normatividade, ou seja, o detentor do bem tutelado) e, posteriormente, de forma subsequente e explicativa (a razão fundamental, de índole preservativa, do bem tutelado).

A resposta à primeira indagação parece evidente e incontroversa: o destinatário primeiro (e, talvez, único) e detentor do bem tutelado (vida) seria o homem ou, em termos mais técnicos, os integrantes da espécie humana. Excluir-se-ia, assim, os demais seres vivos (animais, vegetais e protozoários) que habitam o nosso mundo (ou, num espectro mais simples, o universo), o que explicaria porque é possível, à luz do Direito, sacrificar a vida de toda e qualquer espécie – e em qualquer quantidade

¹² Admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional, ainda que excepcionalmente, em caso de guerra externa declarada, consoante o disposto no art. 5º, XLVII, *a*, da CF/88, *verbis*: “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” e por meio de fuzilamento (art. 56 do CPM, *verbis*: “A pena de morte é executada por fuzilamento”)

¹³ Admitida, para expressiva parte da doutrina, em sua modalidade denominada distanásia ou suspensão do esforço terapêutico (SET), consoante o disposto nos arts. 13 e 15 do NCC, respectivamente, *verbis*: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” e “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”; art. 2º da Lei Estadual Paulista nº 10.241/99, *verbis*: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo (...) XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”; art. 7º, III da Lei nº 8.080/90, *verbis*: “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda ao princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”.

¹⁴ Admitido nas hipóteses de aborto necessário ou terapêutico e aborto sentimental, humanitário ou ético, consoante o disposto no art. 128, I, II, do CP, *verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante”.

¹⁵ Admitida em hipóteses em que se retira a vida alheia para salvar a própria ou de terceiro, ainda que em situações irrealis, de simples aparência (legítima defesa putativa). Art. 25 do CP, *verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (legítima defesa).

ou proporção –, desde que tal fato não venha a prejudicar de, algum modo, a própria existência, presente ou futura, da vida humana.

A lógica explicativa – resposta implícita à segunda indagação – estaria no fato de que apenas os integrantes da espécie humana (ou seja, o homem) possuem o atributo da consciência¹⁶, (incluindo a denominada autoconsciência), constituindo-se, em última análise, no que convencionamos chamar de ser *senciente* (ou consciente e reflexivo de sua própria existência), enquadrando-se, portanto, em uma categoria ímpar, ostentando a qualidade de único animal do planeta plenamente ciente da inerente temporalidade de sua existência e, destarte, do inevitável (e intrínseco) fenômeno morte. Daí exatamente a necessidade humana de se criar concepções explicativas do universo e de sua própria existência através de mitos, da religião e da filosofia e, por fim, através da própria ciência.

Não é por outro motivo que a doutrina tem sistematicamente advertido que nenhum dos direitos assegurados na Constituição, mesmo aqueles que não podem ser afastados de nenhuma forma (Disposições Fixas) ou restritivamente através da denominada competência Constituinte Reformadora¹⁷ (Cláusulas Pétreas), podem ser efetivamente interpretados em termos absolutos (e à luz da simples literalidade¹⁸), considerando que todas as previsões constitucionais outorgantes de garantias individuais, sem qualquer exceção, necessariamente se constituem, no âmbito das sociedades contemporâneas, em autênticos direitos-condição.

Vale lembrar que o pacto social que idealizou a sociedade em seu grau de maior complexidade (organizada em um Estado) concebeu paralelamente a ideia jurídica da prevalência do coletivo sobre o individual ou grupal, forjando, desta forma, a ideia da relativização dos direitos de cada indivíduo, criando verdadeiras condições (ou deveres associados) para o seu efetivo exercício. Assim, o direito individual à vida está umbilicalmente condicionado, por exemplo, à ausência de ameaça à vida alheia (considerando o instituto da legítima defesa), bem como o direito à liberdade condiciona-se, por seu turno, à inexistência de prática de qualquer delito com previsão de pena privativa de liberdade.

Se o destinatário do direito à vida associado à razão preservativa do bem tutelado convergem para a *senciência*, como característica basilar dos seres humanos, é lícito concluir que o homem não somente possui o direito à vida, como também à dignidade relativamente a ela, uma vez que não teria qualquer sentido – quer jurídico, político ou mesmo filosófico – o ser humano ser prisioneiro de uma autêntica

¹⁶ Do latim *conscientia*, atributo inerente e específico da espécie humana através do qual o homem relaciona-se, objetiva e subjetivamente, com o mundo (e, em escala maior com o universo) e consigo mesmo.

¹⁷ É conveniente destacar que, tecnicamente, não é correto a expressão “Poder Constituinte Derivado Reformador (ou de 2º Grau)”, posto que o único e verdadeiro Poder Constituinte é o originário (ou de 1º Grau), sendo certo que deste emana tão somente uma competência derivada de índole reformadora.

¹⁸ Não é possível interpretar literalmente a lei, posto que, em sendo o legislador um leigo em matéria técnico-jurídica, deve-se sempre perquirir a correta hermenêutica normativa, que necessariamente transcende a simples redação textual para adentrar em aspectos lógico-rationais como a *mens legislatoris*, a *mens legis*, o *occasio legis* e argumentos como o *a contrario sensu* e o *a fortiori*, além de considerar a posição sistemática, histórica e teleológica do dispositivo legal *sub examen*.

escravidão corpórea ou, em outros termos, ser um manipulável objeto de uma condenação (sem prazo definido) a uma existência sem sentido que, por sua vez, acabaria por, simplesmente, extinguir o correlato direito à liberdade, excluindo, por via de consequência, a característica fundamental e intrínseca do livre arbítrio.

Assim, o direito à vida, como regramento de genuína proteção individual, nesta linha de análise, somente pode ser hermeneuticamente interpretado se o próprio destinatário for o seu exclusivo titular, senhor único de seu destino, até porque, no Estado laico, não pode a sociedade substituir o Criador, outorgando para si, sem qualquer prévia legitimidade, algo que jamais acontecerá, o direito de decidir, em última instância, sobre a vida e a morte de cada indivíduo (e sobre a subjetividade inerente à percepção da existência digna), mormente quando tais elementos não possuem qualquer relação direta com outros componentes socio-humanos.

4. O direito à morte assistida

A título de ilustração, há algum tempo (a fonte não vem ao caso, porque não se trata de uma pesquisa) este articulista foi ouvinte de um relato, cujo interlocutor confidenciou ter experimentado, por determinação inexorável do destino, o mais importante desafio que um homem pode ousar imaginar: o dilema entre o amor e a consciência da legalidade; entre o justo e o legal; entre o humano e o poder estatal...

Tal narrativa era sobre o sofrimento de sua companheira que “incapacitada no leito do hospital, com um câncer incurável que já havia retirado sua própria dignidade” e sentindo dores insuportáveis, implorava-lhe não propriamente pela prática da eutanásia (ou pelo sagrado direito de morrer com um mínimo de dignidade), mas, sobretudo, pelo respeito a seu bem mais precioso: seu livre-arbítrio.

Em tom de confidência, o emissor expõe que ela implorava pelo respeito ao seu último desejo, que era uma morte digna e abreviada. Súplica, que não foi satisfeita, continua o narrador, “por absoluta covardia, comodidade e medo das consequências legais de um ato sublime de amor.” E que o dilema entre o humano e o legal passou a “dilacerá-lo ainda mais, subjetivamente”, quando ela disse, com dificuldade: “eu te perdoo, apesar de tudo”.

Tal ilustração mostra que apesar da personagem ter sido uma cidadã exemplar, cumpridora de todas as suas obrigações, pagadora de infinitos impostos, ela não pôde contar com o Estado brasileiro em seu momento derradeiro. Diante de tal relato, não há como não pensar que fosse deveras preferível optar pela prisão injusta por um ato de amor (mas ainda assim por um tempo determinado) a uma condenação eterna por um ato de covardia.

Tal ilustração leva também a pensar que assim como ninguém, na qualidade de indivíduo divorciado de eventual relação direta e objetiva com a sociedade política, pode ser maniqueistamente condenado a morrer, em função do proclamado direito à vida, igualmente não pode ser condenado, na qualidade de titular e destinatário exclusivo deste mesmo direito, a viver uma existência a que efetivamente não deseje

(v.g. por subjetivamente interpretá-la indigna), sob o risco de passar a titularizar um direito sobre o qual efetivamente não dispõe.

Nunca é demais lembrar que, na mitologia, apenas os vampiros – qualificados como entidades inferiores e “seres da sombra” – são condenados, a sua revelia, a uma vida eterna sem sentido, que os impede (através de uma modalidade particular e absoluta de condenação perpétua) de evoluir espiritualmente. Neste sentido, cumpre observar que a própria mitologia defende, em certo aspecto, o direito individual à morte como forma última de sublimação da vida e de seu correspondente e umbilical direito à existência espiritual.

Neste contexto, não há qualquer sentido em afirmar uma pretensa indisponibilidade absoluta do direito à vida, não somente porque tal conclusão excluiria o próprio conceito binário ou dicotômico de titularidade e destinatário inerente ao direito em questão, como ainda pelo simples fato de que é reconhecidamente lícito, em praticamente todas as legislações ocidentais (e, especialmente, na brasileira), dispor da própria vida, considerando que o ato de suicídio *per se* (e não a instigação, o induzimento e o auxílio por terceira pessoa) não constitui crime, por não se caracterizar em conduta tipificada pela lei penal.

É importante esclarecer que não se trata a hipótese vertente de conduta típica não passível de punição em face do evento morte (do agente), uma vez que não se discute *in casu* a caracterização de uma das causas de exclusão da punibilidade (art. 107, I, do CP), como ainda resta indiscutível que o suicídio, em sua modalidade de simples tentativa, é conduta atípica.

O que se deve afirmar é que o direito à vida é, acima de tudo, um verdadeiro “patrimônio individual” não pertencente a quem nos deu ou concedeu, até porque, do contrário, a conclusão lógica seria que nada foi dado ou concedido e o gênero humano, em última análise, não seria senhor do seu próprio destino, em sinérgica negação ao seu supremo direito de liberdade e em sublime e inexorável revogação de seu livre-arbítrio e ao correspondente conceito político-jurídico intrinsecamente associado.

O direito à dignidade é tema incontestado e recorrente em inúmeros ensaios jurídico-doutrinários, mas muito pouco se fala e se escreve sobre o igualmente inquestionável direito à dignidade na morte, caracterizando este como um verdadeiro tabu, como se tal evento humano simplesmente inexistisse, não obstante constitua-se em um inevitável evento futuro, ainda que de razoável imprecisão temporal.

De um modo geral, as mais diversas religiões e, em grande medida, parcela expressiva da sociedade insistem em recusar o necessário debate sobre o assunto, preferindo, no livre arbítrio do exercício volitivo de simplesmente ignorá-lo, focar todas as atenções na temática relativa à vida e, particularmente, em tudo o que concerne à dignidade na vida, qualificando-a como um suposto e exclusivo direito inalienável.

O resultado prático deste evidente equívoco é desastroso, como não poderia deixar de ser, na exata medida em que sofremos desnecessariamente e, em certo aspecto, até mesmo cruelmente num evento (a morte) que, a toda evidência, deveria ser encarada com a mesma importância e naturalidade que é concedida à vida.

Ainda que os povos mais esclarecidos estejam bastante avançados no debate da questão, admitindo a eutanásia, o suicídio assistido entre outros procedimentos médicos¹⁹, como formas de propiciar, em casos pontuais e específicos, uma dignidade mínima ao ser humano, no sublime momento de seu inexorável destino (morte), a verdade é que a maioria dos povos (principalmente os localizados abaixo da linha do Equador) continua com a postura de pouca ou nenhuma reflexão sobre o assunto e, com toda a certeza, definitivamente, de evidente irracionalidade, pela suposta necessidade de uma morte dolorosa e cruel, como se tal sofrimento pudesse servir como efetivo saneador dos pretensos pecados humanos praticados em vida.

No Brasil, nos debates sobre a reforma do Código Penal de 1940, tentaram incluir a discussão, mas sem lograr êxito, uma vez que até o momento nenhuma modificação foi introduzida no artigo 122, que trata do tema e que prevê a pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou *prestar-lhe auxílio* para que o faça”.

Ainda assim, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente manifestar-se previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade. Em tal documento, o Conselho argumentou que “novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios” para ele.

Em seminário, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, Edvard José de Araujo, membro do CFM, explicou que há uma grande confusão, por parte da opinião pública, em relação ao conceito de eutanásia, posto que há diferenças significativas entre os termos eutanásia²⁰, *ortotanásia*²¹ e *distanásia*²²: “Nós médicos defendemos a *ortotanásia*²³, ou seja, respeitar o tempo da morte”. Disse também que os brasileiros têm uma tendência forte “a lutar contra o fator morte, isso leva à prática da *distanásia*²⁴, que é, justamente, tentar manter a qualquer custo a vida da pessoa, mesmo ela tendo uma qualidade de vida horrível, isso acontece quando a pessoa só está viva porque está ligada a aparelhos”.

¹⁹ Há várias práticas para abreviar a vida. A morte por injeção letal, que é aplicada por um médico a pedido do paciente, é autorizada para doentes terminais em Luxemburgo, Bélgica e Holanda. O suicídio assistido, quando uma pessoa ajuda a outra morrer, é permitido na Suíça, mesmo para pessoas de fora do país. O ajudante não pode ser remunerado nem receber herança. O suicídio assistido por médicos, em que o médico receita uma droga letal ao paciente, que toma quando quiser, é legal na Bélgica, Holanda e Suíça e nos estados americanos de Oregon, Washington e Mon. A *ortotanásia*, que é a morte a pedido de um paciente terminal ou seu representante, é aceita pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil.

²⁰ Ocorre quando uma terceira pessoa, em geral um médico, provoca a morte sem sofrimento do paciente, por exemplo, com injeção letal.

²¹ Ocorre quando o próprio doente provoca a morte, ainda que com assistência de terceiros. Por exemplo, quando o indivíduo toma um líquido mortal.

²² Trata-se do uso de todas as possibilidades para se prolongar a vida do doente, mesmo que a cura não seja uma possibilidade.

²³ Evitam-se métodos extraordinários, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis.

²⁴ Método para suavizar por meio de medicamentos, a dor do paciente, sem antecipar o momento da morte.

E Araújo continuou dizendo que a eutanásia é, obviamente, um crime, uma prática condenável tanto do ponto de vista médico quanto do ponto de vista legal. E ocorre, por exemplo, quando para evitar um sofrimento maior ao paciente, se abrevia a vida da pessoa através de uma injeção letal.

No Brasil, as duas práticas são proibidas, embora não constem especificamente no Código Penal. No entanto, parte da doutrina entende que a *eutanásia* pode ser enquadrada no artigo 121, parágrafo 1º, 2ª parte, como homicídio privilegiado, e o *suicídio assistido* pode configurar o crime de participação em suicídio (na modalidade de *auxílio*), previsto no artigo 122, ambos do CP. Segundo Lima & Maia (2015), a Resolução do Conselho Federal de Medicina chegou em um momento importante do debate sobre a efetivação do “direito à morte digna”. O Código de Ética Médica vem ao encontro do que foi decidido na Resolução nº 1.995/2012, que em seu artigo 2º preceitua: “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.” O § 1º do mesmo artigo determina que “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”.

5. Considerações finais

Disseminou-se no Ocidente a ideia de que a vida pertence à humanidade, que seria eterna (conjugada na célebre frase: *a esperança é a última que morre*), o que reforça a concepção filosófica de que a vida não nos pertence. Estabeleceu-se também a ideia de que a raça humana é a única existente no universo (uma espécie de semente sagrada), o que leva a pensar que, caso houvesse uma raça superior à que chamamos de humana, não teria sentido a preservação desta última, pois ela seria a própria evolução a Deus.

Na tradição filosófica ocidental, como afirma Agamben (2006), o homem representa uma ruptura do *continuum* natural. Como animal falante, habita a clareira em que se abre toda significação, todo dizer; como mortal, encontra sua dimensão mais autêntica na antecipação de sua própria impossibilidade radical. Questionar o lugar e a estrutura desta negatividade constitutiva é ponto de partida para uma compreensão da relação essencial estabelecida entre morte e vida

Como não estamos em uma Teocracia e o Estado é laico, não há como logicamente sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida, uma vez que se supusermos que só Deus tem este direito, só Deus também teria o direito de escolher, entre suas criaturas, aquela que governaria outros homens, o que seria uma antítese da democracia, em que os próprios homens escolhem seus governantes. Assim, como ninguém pode ser condenado a morrer, não pode ser condenado a viver. Não é lícito a ninguém condenar outrem a viver uma existência sem sentido. Como bem disse Stephen Hawking, “(...) *manter uma pessoa viva contra a sua vontade é uma indignidade*” (Globo, 04/06/2015, p. 24).

O direito à vida é um direito fundamental, mas não se reveste de um caráter absoluto. Nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. O direito à vida pertence a cada um de nós (é um bem individual), não ao Estado nem à Sociedade. Ele, o Estado ou a Sociedade, não pode impedir o exercício ou não de tal direito, que é um bem precioso, como o direito à morte digna também o é. Há um terrível e cruel paradoxo: se é possível sacrificar um animal (dito irracional) por compaixão, quando, por qualquer motivo, este tem sua existência presente ou futura limitada, por acreditar ser cruel vê-lo sofrer (e não fazemos isso a seu pedido, respeitando sua vontade), por que não podemos fazer o mesmo em relação à pessoa humana, respeitando a sua vontade manifesta ou mesmo quando esta deixou de ter (ou nunca teve) esta capacidade?

Uma das piores formas de tortura empregada pelo homem – em seus embates e conflitos armados – é exatamente causar dor e sofrimento nos limites do suportável, impedindo o próprio alívio que se constituiria na morte. Como explicar, então, que, através de súplicas plenamente conscientes, possamos negar o alívio do sofrimento daquele que, por qualquer razão, não disponha de meios autônomos de dar fim a sua própria existência?

O direito à vida é um patrimônio individual; não pertence a quem nos deu ou concedeu, porque se assim não fosse nada teria sido dado ou concedido e o homem não seria dono de seu próprio destino, desafiando o direito ao livre-arbítrio. A vida individual também não pertence à humanidade; ao contrário, o homem tem, inclusive, o direito de não fazer parte (ou mesmo deixar de fazer parte) da própria humanidade, em face de seu sagrado direito ao livre-arbítrio.

Assim, o direito à morte digna origina-se da ideia de que o titular da vida deve gozá-la segundo seus valores, concepções, crenças ou não crenças e, neste caso, envolve a personalidade do enfermo, o modo que ele deseja morrer, preservando sua personalidade e dando um coerente fim para sua vida.

Urge que o Estado e a Sociedade brasileiros finalmente possam amadurecer democraticamente, propiciando uma necessária evolução normativa que contemple o sublime respeito ao *livre-arbítrio*, elevando a *dignidade humana* ao patamar dos bens e direitos mais preciosos a serem protegidos pelo nosso Direito, fazendo, por fim, com que mais nenhum ser humano (apenas por ostentar a condição de brasileiro e se encontrar em solo pátrio) tenha de passar por tanto e desnecessário sofrimento, traduzido por uma dor que se encerra para aqueles que já foram, mas nega a alegria da vida aos que ficaram.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *A Linguagem e a morte*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *In Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva.

CAPEZ, Fernando; SANTOS, Marisa F. *In Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Julio Cesar Lemes. Sob o signo de Narciso: identidade na sociedade de consumo e no ciberespaço. *Verso e Reverso: Revista de Comunicação*. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/versoereverso/article/view/5794/3040>>. Acesso: 10 mar. 2015.

COLLUCI, Claudia. A Holanda terá unidade móvel para eutanásia em domicílio. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/02/1050133-holanda-tera-unidade-movel-para-eutanasia-em-domicilio.shtml>> Acesso em: 17 dez. 2012.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso; MAIA, Maurilio Casas. *Direito à morte digna: o fim da vida em debate*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/96/direito-a-morte-digna-o-fim-da-vida-em-debate-323805-1.asp>>. Acesso: 2 fev. 2015.

FREITAS, Luana. Eutanásia: a quem pertence à vida? Disponível em <http://www.olharvital.ufrj.br/2006/index.php?id_edicao=155&codigo=7> Acesso: 17 mar. 2015.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. V. 21. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, São Paulo; Martins Fontes, 2002.

O GLOBO. Entrevista com José Eduardo Araújo, membro do conselho Federal de Medicina (CFM). Brasil deve debater alternativas à eutanásia, diz membro de Conselho de Bioética Jornal. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/rasildevedebateralternativaseutanasiadizmembrodeconselhodebioetica13005924>>. Acesso em 02 fev. 2015.

MARCOS, Ana María. *La normativa internacional sobre la eutanásia*. Disponível em <<http://portal.uned.es/portal/page?MARCOS,%20Ana%20Mar%C3%ADa.%20%E2%80%9CLa%20normativa%20internacional%20>>. Acesso: 17 fev. 2015.

MITOLOGIA. *TÂNATOS: A PERONIFICAÇÃO DA MORTE*. Disponível em: <<http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificao-da-morte.html>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

MILHORANCE, Flavia. Eutanásia é ilegal. *O Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/medicos-discutem-melhor-forma-de-assistencia-para-pacientes-terminais-14075259#ixzz3UIDIdcVn>>. Acesso: 17 mar. 2015.

RABELO, Martha Klumb Oliveira. *Um olhar fenomenológico sobre a morte na sociedade ocidental: testemunho histórico-antropológico*. Disponível em: <http://www.redenacionaldetanologia.psc.br/Artigos/artigo_24.htm>. Acesso: 14 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *In Curso de Direito Constitucional Positivo*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei nº 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Breves considerações do Regime de Probidade Administrativa na Constituição Federal. 3. Princípio da Segurança Jurídica. 4. Princípio da Proibição de Retrocesso. 5. Princípio da Proporcionalidade por Proteção Deficiente. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este estudo destina-se a uma breve abordagem das alterações do artigo 11, da Lei n.º 8.429/92, por intermédio da redação dada pela Lei n.º 14.230/2021. Para cumprir tal mister, faz-se uma investigação do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal, assim como dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário acerca do tema. Em seguida, realiza-se uma análise crítica acerca da compatibilidade ou não das alterações normativas propostas pelo novo diploma legal frente aos princípios da segurança jurídica, proibição de retrocesso e proporcionalidade, na perspectiva da proteção deficiente. Ao final, apresentam-se as conclusões do estudo proposto.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Artigo 11 da Lei n.º 8.429/92. Alteração dada pela Lei n.º 14.320/2021. Compatibilidade com a Constituição Federal. Princípios Fundamentais.

1. Aspectos introdutórios

A Lei n.º 14.230/2021, com vigência a partir de 26 de outubro de 2021 (data da sua publicação), promoveu importantes alterações na Lei n.º 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em razão da prática de atos de improbidade administrativa, tratados no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio e no Combate à Improbidade Administrativa – Núcleo Londrina.

As normas contidas na citada lei modificaram, de maneira quantitativa e qualitativa, o sistema jurídico de proteção da probidade administrativa até então vigente. A alteração trouxe, em grande parte, preceitos normativos que minimizaram e retrocederam no combate à malversação do dinheiro público no País.

Embora a nova legislação contenha regras de direito material e processual que permitem amplo e irrestrito campo para infundáveis debates doutrinários e jurisprudenciais, almeja-se, nas linhas a seguir desenvolvidas, realizar uma breve abordagem da alteração do artigo 11, *caput*, da antiga pela n.º 8429/92, com a nova redação dada pela Lei n.º 14.230/2021, e sua correspondente compatibilidade ou não com a Constituição Federal.

Para cumprir esse desiderato, será realizada breve abordagem da probidade e moralidade administrativa na Constituição Federal para, em seguida, efetivar-se o cotejo da alteração legislativa do artigo 11, da Lei n.º 8429/92, com a redação dada pela Lei n.º 14.230/21, frente aos princípios e regras constitucionais. No último tópico, serão expostas as conclusões do estudo proposto.

2. Breves considerações do Regime de Probidade Administrativa na Constituição Federal

O artigo 1º, da Constituição Federal, estabelece um conjunto de fundamentos em que se assenta a República Federativa do Brasil, entre os quais têm proeminência o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Em seu artigo 3º, elenca alguns objetivos fundamentais dos “poderes” da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), que são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantia do desenvolvimento nacional (II); erradicação da pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação (IV).

Além de uma gama de princípios individuais e sociais exaustivamente delineados nos artigos 5º e 6º, ambos da Constituição Federal, também não se excluiu o resguardo dos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Para que União, Estados, Municípios e Distrito Federal pudessem cumprir, cada qual no âmbito de suas determinações constitucionais, com as prestações públicas fundamentais garantidas nos artigos 5º e 6º, ambos da Constituição Federal, acometeram-se inúmeros instrumentos de controle da gestão pública (“v.g.”, ação popular; Tribunais de Contas; Ministério Público etc.) e deveres de fiscalização, interna e externa, dos comportamentos ímprobos de agentes públicos e políticos de cada ente federado.

Sendo o exercício do poder político uma das mais elementares e indispensáveis consagrações de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal vedou sua cassação, salvo nas restritas hipóteses de perda ou de suspensão, em que se dará,

entre outras, com a prática do ato de improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

No artigo 23, delimitou-se a competência comum dos entes Federados. Entre elas, consta o dever de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e de conservar o patrimônio público.

No artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, determinou-se que a Administração Pública Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além de inúmeros instrumentos jurídicos de contenção e limite de atuação do agente público expressamente consagrados no texto constitucional, bem como nas competências e atribuições estabelecidas na Constituição Federal para salvaguarda do patrimônio público, também nela se delineou o ato de improbidade administrativa, cominando, de forma expressa, algumas sanções a que estariam submetidos os agentes ímprobos e desonestos, tais como a suspensão de direitos políticos, perda das funções públicas e indisponibilidade de bens, além do necessário dever de ressarcimento ao erário, nos termos do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Percebe-se, assim, que muito embora não seja comum o legislador constituinte indicar as espécies de sanções aplicáveis a determinado ato ilícito, a proeminência dos bens jurídicos resguardados motivara sua predefinição.

Nesse cenário, constata-se que a importância de uma administração pública proba e honesta, que vinculasse todos os poderes da República ao cumprimento dos princípios expressamente preceituados no artigo 37, *caput*, motivou o próprio constituinte originário a apontar, de forma exemplificativa, mas com alto grau de carga valorativa, as espécies de sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, sendo elas de indistigável gravidade: a suspensão de direitos políticos e perda da função pública.

Referido conjunto normativo de regras e princípios taxativamente albergados no texto constitucional não é despido de valor. Encerra inegável significado. Pode-se afirmar que decorre de sua interpretação sistemática a existência de um direito fundamental à probidade administrativa, verdadeiro direito público subjetivo conferido ao cidadão de ter uma administração pública proba e honesta, constituindo-se em um núcleo duro e inquebrantável de direitos e garantias que se interpenetram e conferem ao legislador fundamental critério de orientação e contenção.

Esse conjunto normativo coerente e sistematizado advindo da Constituição Federal, consubstanciam em verdadeiras balizas materiais que limitam o poder constituinte derivado e, ao mesmo tempo, estabelecem claros e precisos comandos de atuação dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle concentrado ou difuso da constitucionalidade, destinado a cumprir a força normativa da Constituição Federal:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição¹.

Atento aos comandos constitucionais, o legislador ordinário criou a Lei n.º 8.429/92, denominada Lei Improbidade Administrativa, que vigeu por aproximadamente 20 anos.

Com o advento da Lei n.º 14.230/2021, é inegável que houve um afrouxamento no regime de combate à endêmica e crescente corrupção pública no País, com retrocessos e inconstitucionalidades suscitadas tanto por administrativistas como por constitucionalistas.

O foco deste estudo, todavia, limita-se a analisar, ainda que perfunctoriamente, as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/21 especificamente quanto ao artigo 11, da antiga Lei n.º 8.429/92, que continha um *standard* comportamental em que se delineava, de forma aberta, hipóteses de atos de improbidade administrativa que atentassem contra os princípios da Administração Pública, seguido de algumas hipóteses exemplificativas constantes nos incisos da disposição legal.

Esse breve e superficial panorama a respeito do tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal não foi destituído de propósito. Em verdade, almeja-se questionar se, em decorrência desse tratamento da probidade administrativa na Constituição Federal, haveria ampla liberdade ao legislador ordinário de atuar em sua função primária legiferante, ou se, ao contrário, subsistem limites materiais a que o legislador ordinário está submetido, sobretudo à vista de um conjunto de valores resguardados pela Constituição Federal que confere ao cidadão um direito público subjetivo a uma administração pública proba e honesta, destinada instrumentalmente à consecução das prestações públicas fundamentais garantidas e resguardadas no texto constitucional (“e.g.” saúde, moradia, educação, lazer)².

¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

² PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada*. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 32.

Portanto, as ponderações a seguir expostas, que serão apresentadas em tópicos, destinam-se a indagar se referida alteração legislativa (artigo 11, da antiga Lei nº 8.429/92), é ou não compatível com a gama de princípios expressa e implicitamente garantidos na Constituição Federal, que forjam o regime jurídico-constitucional da probidade e moralidade administrativa.

3. Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica materializa-se em uma das pilastras sobre as quais se assenta o Estado Democrático de Direito. Se a preservação de bens e direitos está genericamente delimitada no texto constitucional, é fato que o poder-dever de exigir o cumprimento de seus comandos estende-se a todos os “poderes” constituídos, de forma geral e indistinta. Está assegurado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Assim, o Estado Democrático de Direito assenta-se no princípio da legalidade e tem como princípio implícito e dela decorrente, a segurança jurídica. É exatamente por isso que Tercio Sampaio Ferraz Jr. enfatiza que:

É um lugar comum de nossa /cultura ocidental a percepção de que a segurança jurídica não se confunde com a situação fática (um lugar seguro, um sentir-se seguro), mas é antes um complexo normativo de exigências: a exigência de durabilidade das normas, da anterioridade das leis, e de sua irretroatividade, na igualdade da lei e perante a lei, em suma, de instituições estatais dotadas de competência delimitada, sujeita ao princípio da legalidade³.

Nesse viés doutrinário, a segurança jurídica é permeada por um complexo normativo de exigências, que exigem leis duradouras, irretroativas e, em última análise, leis que garantam a igualdade da lei e perante a lei⁴.

Portanto, não se reputa segura normativamente a pretensão de revogação de um *standard* comportamental doloso de agentes públicos que, no exercício de suas funções, violaram os princípios regentes da administração pública, entre os quais a moralidade, legalidade, eficiência e publicidade, revogação esta sucedida pela novel legislação por hipóteses taxativas e que não abarcam um grande número de ações

³ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. O direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 115.

⁴ Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, invoca alguns fundamentos que compõem a figura da segurança jurídica, como a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. Para o autor, que trata do tema em obra específica, a segurança jurídica pode ser analisada como um fato, como valor e como princípio. Como fato, corresponderia à realidade passível de constatação; como valor, o estado ideal do ordenamento jurídico; como norma-princípio, dotada de generalidade muito superior à da regra, sendo exercida como verdadeiro mandado de otimização, nos termos utilizados por Alexy. Assim, a segurança jurídica, pela tríplice dimensão que lhe é conferida, deve estar presente em todo e qualquer ato estatal e nas relações jurídicas entre particulares e entre estes e o Estado, para que o Direito, em sua integralidade, reflita tal sensação de segurança e rechace qualquer forma de instabilidade que possa prejudicar o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

ou omissões de agentes públicos capazes de macular os princípios da Administração Pública, conforme exige o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Claro que o artigo 11, da Lei revogada, sempre foi um tipo de injusto subsidiário, em que condutas que não se amoldavam no artigo 9º (atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito) ou artigo 10 (atos de improbidade que causam lesão ao erário), ambos da Lei n.º 8429/92, pudessem ser subsumidos ao “soldado de reserva” de que travava o artigo 11.

Contudo, a alteração legislativa hostilizada propiciará indiscutível insegurança jurídica, já que, no mais das vezes, a conduta do agente público que, no exercício da função pública, vier a praticar delitos funcionais, tais como tortura, abuso de autoridade, ou solicitação ou exigências de vantagens indevidas (corrupção passiva, concussão etc.) sem a percepção da vantagem solicitada, não praticará ato de improbidade administrativa, pois, conforme já frisado, a nova redação do artigo 11, da Lei n.º 14.230/21, limita-se a descrever hipóteses excepcionais e taxativas.

Portanto, a prevalecer a referida alteração normativa, a conduta do agente público poderá configurar ilícito penal (nas situações exemplificadas), mas não adequará a nenhum tipo de injusto ímprobo, por falta de um tipo ímprobo subsidiário. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico, a exemplo do que ocorria quando até então se permitia o uso de instrumentos de consensualidade em matéria criminal, mas se se refutava a aplicação de semelhante técnica no direito administrativo sancionador⁵.

Esse vácuo legislativo é inadmissível, dado a proeminência do bem jurídico resguardado e do comando constitucional que enfatiza, de forma expressa, que a sanção penal será imposta sem prejuízo da sanção decorrente do ato de improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º). Essa disposição constitucional consubstancia verdadeiro mandado de tipificação, que vincula a atuação do legislador infraconstitucional.

Há verdadeiro dever de tipificação descumprido pelo legislador ordinário, sendo absolutamente desarrazoado que uma conduta funcional seja crime, mas não seja, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa. O reverso é plenamente possível e factível, dado o caráter subsidiário e de intervenção mínima que permeia a seara penal.

4. Princípio da Proibição de Retrocesso

Embora se confira ao legislador infraconstitucional ampla liberdade para criar os comandos normativos que julgar conveniente e adequado, é certo que esta

⁵ GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro*: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

liberdade não é ilimitada, muito menos arbitrária. No Estado de Direito constitucional, a supremacia da Constituição Federal, assim como os direitos nela embasados e conquistados, constituem verdadeiras limitações materiais ao exercício da atividade legislativa.

Conforme lecionam Vladimir Brega Filho e Taís Caroline Pinto:

[...] diversos documentos normativos preveem expressamente a impossibilidade do retrocesso na garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais, também chamada de cláusula de proibição do retrocesso, podendo-se destacar o pacto internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 5º, §§ 1º e 2º) e o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁶.

Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica, aderido pelo Brasil em 1992, alberga de forma expressa em seu artigo 29 o princípio da proibição de retrocesso, ao inadmitir a supressão ou limitação dos direitos e liberdades nele reconhecidos.

No dizer de Luís Roberto Barroso, tal princípio decorre do sistema jurídico-constitucional brasileiro, por cuja acepção se compreende “que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio público da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”.

Adverte Eduardo Cambi que a cláusula de proibição do retrocesso social: “Está ligada à proteção dos direitos fundamentais e econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais⁸.”

Nesse cenário, não restam dúvidas no sentido de que o legislador infraconstitucional de 1992, ao editar a Lei n.º 8.429/92, tratou e tutelou a moralidade administrativa e o regime de responsabilidade na gestão pública de forma adequada e segundo os comandos normativos exigidos pela Constituição Federal.

Para cumprir tal mister, criou tipos de injustos ímprobos específicos, que tratavam de enriquecimento ilícito e dano ao erário, com hipóteses exemplificativas, mas descrevendo as características fundamentais dos comportamentos proibidos no *caput* das respectivas disposições.

⁶ FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁷ FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 228.

De forma subsidiária e consentânea com a natureza da matéria, a antiga Lei n.º 8.429/92 criou um tipo de injusto decorrente de comportamentos que pudessem violar os princípios fundamentais da administração pública.

Esse tipo de injusto, destinado a coibir comportamentos que maculassem os princípios da administração pública estava inserido na lei revogada por intermédio do artigo 11, em que não se descrevia, propositadamente, de forma taxativa, mas apenas exemplificativa (em face das inúmeras e imprevisíveis hipóteses da vida real), todos os casos de comportamentos que pudessem subsumir e macular os princípios da administração pública nele previstos.

É indubitoso que a técnica de descrição do artigo 11, da lei revogada, tratava-se de uma adequada e legítima conformação do tipo de injusto, dotado de uma característica normativa aberta absolutamente compatível com a natureza da matéria normatizada. A questão não se atém à mera técnica legislativa, mas atende a própria imprevisibilidade que permeia a ação do legislador de regulamentar a matéria, dado os infindáveis números de comportamentos passíveis de violar os princípios regentes da Administração Pública.

Assim, é juridicamente impossível exigir do legislador a descrição de todas as possíveis condutas funcionais que pudessem violar os *standards* da moralidade, impessoalidade, eficiência e lealdade à instituição, o que se exigiu a outorga ao magistrado, no caso concreto, o poder-dever de verificar se a hipótese fática submetida à sua apreciação se adequava ao tipo de injusto genericamente descrito na lei.

Frise-se, uma vez mais, não é razoável exigir que se descrevam taxativamente todas as ações ou omissões dolosas de agentes públicos que possam violar os princípios fundamentais da administração pública, sem que estas descrições não sejam gerais, seguidas de hipóteses exemplificativas. A título de raciocínio paralelo, seria o mesmo que exigir que o legislador penal infraconstitucional descrevesse todas as ações ou omissões perigosas que possam, no mundo fenomênico, causar resultados perigosos (crime culposo). A natureza da matéria exige a conformação do injusto típico correspondente.

De igual sorte, na interpretação analógica também advinda do direito penal, em que se apontam hipóteses exemplificativas seguidas de cláusulas gerais (“v.g.” meio insidioso ou cruel, ou que cause sofrimento à vítima).

Com isso, corre-se o risco de uma inúmera gama de situações, ontologicamente, configurarem ato de improbidade administrativa, mas quedarem privadas da respectiva (e devida) tutela jurídica, por carência de tipicidade.

A alteração do artigo 11, da antiga Lei de Improbidade Administrativa pela novel legislação macula o princípio da vedação ao retrocesso, ao revogar o comando normativo que exigia a compatibilidade das ações funcionais de agentes públicos frente aos princípios norteadores da administração pública.

Com a nova alteração legislativa (redação do artigo 11, dada pela Lei n.º 14.230/21), há alguns comportamentos taxativamente previstos com violadores dos

princípios da imparcialidade, legalidade e moralidade, comportamentos estes que estão muito longe de proteger adequadamente o bem jurídico resguardado pela Constituição Federal.

Não restam dúvidas no sentido de que o novo diploma revogou a letra e o princípio fundamental de um tipo subsidiário, que até então protegia de forma significativa o bem jurídico da moralidade e probidade na administração pública, à luz da Constituição Federal.

Note-se que o compromisso assumido pelo Brasil no combate aos atos ímprobos e de corrupção pública não advém, em caráter exclusivo, da Constituição Federal.

Há, sem qualquer dúvida, um movimento sistematizado e organizado de combate aos atos de corrupção e de improbidade administrativa, em todas as modernas legislações do mundo. A Convenção de Mérida⁹, sem dúvida, é um desses instrumentos internacionais.

Ela integra o bloco de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988, voltada à proteção da moralidade e probidade da Gestão Pública, que se estrutura não apenas nos expressos dispositivos previstos na Constituição Federal, mas também por outras normas implicitamente presentes no texto constitucional que dialogam entre si como vasos comunicantes (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Referida Convenção objetiva (artigo 1º):

Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Em seu artigo 5º, cada Estado signatário compromete-se a promover medidas de prevenção e combate à corrupção, assim como reavaliar periodicamente políticas públicas e medidas administrativas destinadas ao controle e prevenção da corrupção.

Na disposição do artigo 29, cada Estado comprometeu-se a estabelecer, de acordo com sua legislação interna, um prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delinquente tenha evadido da administração da justiça.

⁹ BRASIL. Decreto Presidencial nº 5.867, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

Em suas disposições finais, no artigo 65, o Brasil, na condição de um dos signatários da convenção, comprometeu-se a adotar medidas necessárias, administrativas e legislativas, para garantir o cumprimento das obrigações em consonância com a aludida convenção.

Ao se analisar as alterações promovidas pela Lei n.º 14.320/2021, não é preciso maior esforço interpretativo para se observar que colidem frontal e categoricamente com o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Mérida, que deveria pautar as ações administrativas e legislativas em sentido oposto, ou seja, na promoção, endurecimento e recrudescimento do combate à corrupção pública.

O que se percebe, em verdade, é que ao revogar a *standard* comportamental do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa - que se tratava de importante tipo de injusto de caráter subsidiário indispensável a coibir ações ou omissões dolosas no exercício das atividades funcionais, que contrastassem e colidissem com as condutas exigíveis de um agente público probo e que atua de forma impessoal, moral e leal à instituição para a qual exerce função - o Brasil retrocedeu, e muito, no combate a sistêmicos comportamentos ímprobos.

Não há dúvidas de que os comandos normativos da nova Lei n.º 14.230/2021 geram insegurança jurídica, assim como consubstanciam inegáveis retrocessos à legislação até então vigente de combate à corrupção pública, consoante mandamentos constitucionais e compromissos assumidos pelo Brasil na comunidade jurídica internacional.

Contudo, a força normativa da Constituição, assim como os princípios da segurança jurídica e vedação ao retrocesso não podem se transformar em mera proposição simbólica, sendo imperioso que os órgãos jurisdicionais exerçam os controles, concentrado e difuso, da incompatibilidade de várias disposições contidas na Lei n.º 14.230/21 com a Constituição Federal.

Em igual medida, as disposições contidas na Lei nova frente ao conteúdo normativo existente na revogada legislação (n.º 8429/92) repercutem, como será demonstrado na próxima seção, na proteção deficiente e desproporcional ao bem jurídico constitucionalmente resguardado, correspondente ao direito público fundamental social que se confere ao cidadão a uma gestão pública proba e honesta.

5. Princípio da Proporcionalidade por Proteção Deficiente

Conforme anteriormente enfatizado, embora o legislativo tenha plena liberdade de conformação do direito infraconstitucional aos comandos normativos direta ou indiretamente previstos na Constituição Federal, é fato que o papel do Estado sofreu profundas alterações após o advento do Estado social, ao se exigir uma postura proativa na promoção dos direitos e objetivos comunitários.

Assim, a ofensa à ordem jurídica e à Constituição não se milita à prática de excessos ou à indevida e ilícita interferência nas relações sociais, mas também quando há uma atuação em face dos direitos fundamentais.

Fala-se, portanto, da concepção do princípio da proporcionalidade como dimensão da proteção deficiente, ao se reconhecer “um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, - mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Esse dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela¹⁰”.

Daniel Sarmento aponta os critérios fundamentais para a operacionalização do princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, a serem utilizados nas hipóteses em que o Estado se abstém, total ou parcialmente, de proteger um direito fundamental ou objetivos de envergadura constitucionais.

Para o teste de verificação, prossegue o autor, deve-se indagar:

Se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo Constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)¹¹.

Assim, delimitados os pressupostos de investigação da compatibilidade ou não de um diploma normativo ao princípio da proporcionalidade, fácil será reconhecer que as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021, na revogada Lei de Improbidade Administrativa, caracterizou-se de uma inegável proteção insuficiente do bem jurídico, moralidade e probidade administrativa.

Nessa perspectiva, percebe-se, sem maiores esforços, que as alterações promovidas pelo hostilizado diploma normativo não contribuíram para a promoção de qualquer interesse legítimo. Claro que há que se compreender como interesse legítimo aquele perseguido pelo direito fundamental de matiz social, que na espécie é a tutela do bem jurídico da moralidade administrativa e da probidade da gestão pública.

Portanto, o que se analisa é se as alterações da Lei n.º 14.230/2021 foram adequadas e se contribuíram para a maior proteção desses valores de *status* constitucional.

Em seguida, há que se analisar se existiam outros meios menos gravosos para proteção desses bens jurídicos de status constitucional. Neste segundo aspecto, sua violação não é menos evidente, já que malfadada alteração normativa minimizou

¹⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

¹¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

e reduziu sobremaneira o espectro de proteção da norma, na forma existente na legislação revogada (Lei n.º 8.429/92).

Por último, há que perscrutar se as alterações legislativas favoreceram ou compensaram o bem jurídico protegido. Esta resposta, por igual, é negativa, exatamente porque as modificações foram extremamente nocivas e podem dar ensejo a uma variada gama de atos de corrupção pública que foram (e ainda são) energicamente repelidos pela Constituição Federal.

Utilizando referidos critérios de proporcionalidade, conclui-se que a revogação do artigo 11, da Lei n.º 8429/92, por meio da redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021, implicará indistigível proteção deficiente do bem jurídico “probidade e moralidade pública”, em absoluto descompasso com a Constituição Federal.

Não é crível que o legislador especifique, de forma taxativa, apenas alguns comportamentos como violadores dos princípios regentes da administração pública e deixe de fora de seu espectro legal infindáveis outras condutas, que, tanto quanto aquelas expressamente contempladas na lei, podem macular bens jurídicos passíveis de proteção.

Enfatiza-se que o Supremo Tribunal Federal já adotou, em várias oportunidades, o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente, em ordem a legitimar a sua incidência como forma de contenção e limitação do arbítrio legislativo¹².

Merece destaque a indicação de um desses precedentes advindos do Supremo Tribunal Federal, em que se adotou a proporcionalidade como vedação da proteção deficiente, já que se:

[...] discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. Foi rejeitada no caso a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, aludiu-se a ideia de garantismo positivo, que obrigaria ao Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, que atentassem gravemente contra bens jurídicos relevantes, como aquela ocorrida no caso. De acordo com o voto, se o garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente¹³.

¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

¹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

Observe-se que a hipótese é bastante paradigmática e importante ao estudo proposto, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal, esteado no princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente, negou aplicação da analogia *in bonam partem* como causa extintiva da punibilidade do casamento da vítima com o autor do estupro. Para salvaguardar um bem jurídico de proeminência fundamental – liberdade sexual – restringiu-se a aplicação de um consagrado princípio de direito penal, ainda que para beneficiar o réu (autor do delito estupro).

cabível, pois, a adoção do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente, para se admitir como inconstitucional a alteração promovida no artigo 11, da Lei n.º 8.429/92, por intermédio da nova redação dada pela Lei n.º 14.320/2021, resguardando-se, assim, a probidade administrativa amalgamada no Estado Democrático de Direito delineado pelo constituinte de 1988.

6. Conclusão

As alterações do artigo 11, da Lei n.º 8.429/92 por intermédio da Lei n.º 14.320/2021 são inconstitucionais (artigo 1º, inciso III; artigo 3º, inciso I; artigo 5º, inciso XXXVI; artigo 5º, parágrafo 2º; artigo 23, *caput*; e art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal; artigo 29, do Pacto de São José da Costa Rica; e artigo 65, da Convenção de Mérida), porque violam a:

- segurança jurídica, que deve conferir estabilidade às relações sociais e à regulação do direito, já que a ausência de um tipo de injusto subsidiário e violador dos princípios regentes da administração pública gera vácuo legislativo, não se prevendo infundáveis comportamentos passíveis de violações dos valores fundamentais da administração pública;

- vedação de retrocesso, porque a alteração promovida pelo artigo 11 do novo diploma (Lei n.º 14.230/2021), revogou a letra e o princípio fundamental do tipo subsidiário previsto na lei revogada (artigo 11, da Lei n.º 8429/92), o que importa no significativo retrocesso na proteção dos bens jurídicos da moralidade e probidade na administração pública, o que se incompatibiliza, a um só tempo, com os ditames constitucionais e com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (Convenção de Mérida);

- a proporcionalidade por proteção deficiente, pois, ao se prever hipóteses comportamentais taxativas de agentes públicos que possam violar os princípios regentes da administração pública, é indubitoso que se protege de forma deficiente os bens jurídicos tutelados pelo tipo de injusto e, por conseguinte, ofende-se diretamente a Constituição Federal, por não se resguardar de forma adequada a probidade administrativa amalgamada no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências bibliográficas

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014.

FILHO, Vladimir Brega; PINTO, Taís Caroline. *O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4>. Acesso em: 08 dez. 2021.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, Porto Alegre, vol. 12, nº 141, p. 542-595, set./2017.

HUMBERTO, Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

KONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada*. Leme-SP: Mizuno, 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Londrina, 15 de dezembro de 2021.

Contornos jurídicos da letalidade policial

Renee do Ó Souza*

Luiz Fernando Rossi Pipino**

Andrea Walmsley Soares Carneiro***

Sumário

1. Introdução. 2. A letalidade policial à luz da legislação vigente. 3. Regulamentação da atuação policial pelo Poder Judiciário. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A letalidade policial é entendida como a morte intencional provocada por membros das polícias no desempenho de suas funções. Segundo levantamentos oficiais feitos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 21.910 pessoas morreram em decorrência de intervenções policiais no Brasil entre os anos de 2009 e 2016. Aponta Luís Felipe Zilli:

Apenas para que se tenha uma ideia da magnitude deste problema no Brasil, basta comparar os números nacionais com os de outros países que também enfrentam graves problemas de segurança pública: em 2016, enquanto o Brasil apresentou uma taxa de aproximadamente duas mortes decorrentes de intervenções policiais para cada grupo de 100 mil habitantes, na África do Sul essa taxa foi de pouco mais de uma morte; no México, não chegou a 0,3; e nos Estados Unidos, país com aproximadamente 900 mil agentes policiais em atividade (no Brasil são pouco mais de 500 mil), este indicador chegou a 0,13 morte para cada grupo de 100 mil habitantes (Zimring, 2017; Nunes, 2018)¹.

Inegavelmente, contudo, há uma percepção popular que, se não justifica, atenua o reproche a estes números, calcada principalmente na constatação de que os

* Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Mato Grosso. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor e autor de obras jurídicas.

** Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça do Mato Grosso. Professor e autor de obras jurídicas.

*** Doutora em Direito. Procuradora da República. Professora e autora de obra jurídica.

¹ ZILLI, Luís Felipe. *Letalidade e Vitimização Policial*: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. In: repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8873/1/bapi_17_cap_10.pdf.

agentes policiais brasileiros se encontram submetidos a elevadas taxas de vitimização. Os números reais são mesmo suficientes para embasar essa percepção geral, afinal, durante o mesmo período acima citado (entre 2009 e 2016), 2.996 agentes policiais foram assassinados, tanto em serviço quanto fora dele.

Essa suposta contraposição de problemas envolve a discussão sobre a letalidade policial em um debate polarizado que dificulta a identificação das suas causas e da construção de soluções de ordem político-criminal. Não se pretende sustentar com isso que haja alguma prevalência da questão da letalidade sobre a vitimização policial. Esta outra chaga brasileira é tão danosa quanto aquela e reclama uma outra gama de providências estruturais próprias, merecedoras de outro estudo. Mas nosso objetivo aqui é tecer algumas considerações sobre a letalidade policial, com vistas a identificar as suas principais repercussões jurídicas.

Diga-se, além disso, que a proposta do presente texto não parte de uma premissa de desvalor intrínseco da atividade policial. Ora, semelhante conclusão seria descabida e inaceitável. Ao revés, o exercício da função própria pelos órgãos de segurança pública é imperativo indeclinável do regular funcionamento do Estado de Direito o qual, como o próprio nome indica, demanda a inafastável obediência aos ditames legais.

2. A letalidade policial à luz da legislação vigente

Em uma análise direta da legislação penal, extrai-se que o uso da força letal dos agentes de segurança só pode ser feito nos restritos contornos da legítima defesa (CP, art. 25). Embora as situações de risco sejam mais comuns aos agentes de segurança pública, tal qual ocorre com qualquer cidadão, no Brasil, só é possível a prática autorizada de um homicídio em situação de legítima defesa². A morte provocada fora da excludente da ilicitude resulta na necessária responsabilização penal do autor do homicídio, impreterivelmente.

É certo que a análise dos requisitos da legítima defesa, em se tratando de ato praticado por um agente policial, experimenta modificações circunstanciais. A repulsa à injusta agressão, o uso moderado e os meios necessários são aferíveis a partir de peculiaridades do exercício da função desses agentes, que atuam de forma muito mais ampla quando comparados ao cidadão comum, movidos pelo chamado dever normativo de proteger³, mas mediante treinamento e armamento específico. Aliás, como explica Rogério Sanches Cunha, em que pese a doutrina referir-se à objetividade destes requisitos, não se pode ignorar que devem ser aferidos a partir das valorações

² Não se ignora a discussão em torno do disposto na Lei nº 9.614/98, também conhecida como Lei do Abate, que autoriza a derrubada de aeronaves civis que adentrem o espaço aéreo brasileiro sem autorização, ou que se recusem a obedecer às ordens emanadas pela autoridade competente, mas cuja excepcionalidade não justifica, neste momento, maiores aprofundamentos dogmáticos.

³ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte geral*. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 704.

do agente e do agressor, tais como estado de ânimo, porte físico, nível de instrução, os hábitos e modo de vida dos envolvidos⁴.

Não se pode descurar que a adoção de um modelo finalista pelo nosso Código Penal, calcado em categorias lógico-objetivas, não impede que sejam feitas análises casuísticas acerca das situações postas a debate e extraídos resultados também com a ponderação de critérios de ordem subjetiva.

É exatamente neste ponto que a análise jurídica da legítima defesa policial difere da convencional, especialmente porque a atuação desses agentes é regida por padrões de condutas específicos.

Uma primeira particularidade é a de que, não raro, o agente de segurança pública *repele a injusta agressão* identificada pelas suas atividades de policiamento (ostensivo ou investigativo), o que o impele a agir mediante técnicas e táticas voltadas à preparação prévia para embates, inclusive que buscam controlar distúrbios e desestimular o confronto armado. Daí o desenvolvimento de toda a doutrina e normas infralegais próprias sobre técnicas de policiamento, patrulhamento acompanhado, negociação, exibição de poderio bélico voltado à inibição de resistência, postura tática, disparos de alertas, técnicas de imobilização e de abordagem, uso de linguagem própria, uso progressivo da força etc., tudo orientado à resolução dos conflitos e desempenho da atividade policial menos danosa possível, que lança o uso da força letal depois que se esgotam os outros recursos.

Para se ter uma ideia da importância do assunto, buscando regulamentar o uso da força pela polícia e estabelecer parâmetros para a ação policial, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 34/169, de 17/12/1979, aprovou o “Código de Conduta para os Policiais” (*Code of Conduct for Law Enforcement Officials*), que abrange normas gerais e específicas sobre o comportamento individual do policial, e o uso de força. Depois, em 18/12/1990, a fim de assegurar a efetiva implementação do Código de Conduta para os Policiais, a ONU realizou o 8º Congresso para Prevenção do Crime quando emitiu a Resolução nº 45/166, que estabelece os Princípios Básicos para o Uso da Força e das Armas de Fogo pelos Policiais (*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*)⁵.

No Brasil, podemos encontrar alguns poucos marcos legais sobre o assunto. Um primeiro diploma a ser lembrado é a Lei nº 13.060/2014, que trata do uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública em todo o território nacional. Esta lei possui disposições que regulam a atuação policial

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 336.

⁵ Destaque-se o disposto no item 9 da Resolução: “9. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir a sua fuga, e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles *objectivos*. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas”.

e que criam um padrão legal que pode servir para análise acerca da legítima defesa letal, especialmente no tocante à desproporcionalidade da reação policial frente uma atuação de policiamento. Com efeito, dispõe o seu art. 2º, parágrafo único, que:

Não é legítimo o uso de arma de fogo:

I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e

II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros⁶.

Aliás, não é de hoje que a tentativa de uma normatização da atuação policial visa impedir o desbordo funcional, bastando lembrar os inúmeros procedimentos de operações-padrão disseminados pelas polícias do país afora, sobretudo na década dos anos 2000.

Protocolos de atuação funcional são fundamentais principalmente para impelir os agentes estatais a uma padronização profissional, voltada à busca por objetivos planejados e organizados pela instituição a que pertençam. Regulamentações procedimentais desta espécie repelem ações isoladas, individuais e improdutivas junto aos serviços públicos estatais. Neste ponto, cabe fazer menção à Portaria Interministerial nº 4.226/2010, que versa sobre o uso da força pelos agentes de segurança.

Como lembra Rogério Greco:

Os policiais somente estão autorizados a efetuar disparos com arma de fogo quando estiverem agindo numa situação de legítima defesa, seja ela própria ou mesmo de terceiros. No entanto, nem toda situação de legítima defesa permitirá o uso de arma de fogo. Nesse sentido, a Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, determina, no tópico 3, *verbis*: 3. Os agentes de segurança

⁶ Essa previsão legal, parece responder e trazer para o plano normativo a lição dada por Zaffaroni e Pierangeli "Tanto em relação à legítima defesa, como ao de cumprimento do dever legal, uma pergunta se impõe: é admissível a morte de uma pessoa para evitar a sua evasão, porque não acata a sua detenção, e, particularmente, pode-se usar armas para matá-la em tais casos? Considerando-se ser a moderação um dos requisitos da legítima defesa não nos parece, de modo algum, admissível o homicídio como meio legítimo para que um Estado de Direito defenda a administração de sua justiça. Os regulamentos que, em sentido contrário, contrariam este princípio e autoriza utilização de armas para a causação da morte, ou à custa da morte do fugitivo, são manifestamente inconstitucionais em qualquer Estado de Direito, as ações dos agentes do poder público, ou de particulares em tais situações constituem homicídios. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume I: parte geral. 9ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 508).

pública não devem disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave. Assim, por exemplo, se alguém estiver praticando um crime de furto e for surpreendido por um policial, não poderá este último, com a finalidade de evitar a consumação da mencionada infração penal, efetuar disparo em direção ao agente, mesmo que com a finalidade de, tão somente, intimidá-lo. O uso da arma de fogo, de acordo com a determinação interministerial, somente será permitido nas hipóteses relativas à legítima defesa e, ressalte-se, desde que essa ação de defesa seja necessária para preservar a vida ou a integridade física do policial ou de terceira pessoa. Nas demais hipóteses, em que também seria legítimo o raciocínio correspondente à legítima defesa, como no caso acima referido, está proibido o uso de arma de fogo. Ao contrário, quando a vida ou a integridade física do policial, ou de terceira pessoa, estiver em perigo, legitimada estará a utilização da arma de fogo, como no exemplo daquele que surpreende os agentes durante uma ação criminosa de roubo a banco e efetua disparos em direção à guarnição policial. Nesse caso, o uso da arma de fogo pela polícia está legitimado, devendo, no entanto, atender a todos os requisitos objetivos e subjetivos já analisados⁷.

Na verdade, este tipo de regulamentação normativa se insere nas chamadas *regras de engajamento*⁸, dirigidas ao controle de situações de ameaça à ordem pública, que delimitam as situações, proporcionalidade, modo, intensidade e quantidade de força que deve ser empregada nas operações de policiamento.

Neste sentido, pode ser citado também o chamado *Método Girardi de Tiro Defensivo na Preservação da Vida*, publicado no *Manual de Tiro Defensivo - M-19-PM* (1999), relacionado ao uso das armas de fogo, criado pela polícia militar de São Paulo e que busca preparar o agente estatal para oferecer uma resposta racional, mesmo em situações de perigo e alta tensão, de modo a agir para proteger a sua vida e de

⁷ GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 10ª edição. Niterói-RJ: Impetus, 2020. p. 169.

⁸ "Internacionalmente conhecidas pelo acrônimo ROE (do inglês *Rules of Engagement*). No Brasil, o 'Glossário das Forças Armadas' (MD35-G-01) assim define o que sejam as ROE: "REGRAS DE ENGAJAMENTO – Caracteriza-se por uma série de instruções pré-definidas que orientam o emprego das unidades que se encontram na área de operações, consentindo ou limitando determinados tipos de comportamento, em particular o uso da força, a fim de permitir atingir os objetivos políticos e militares estabelecidos pelas autoridades responsáveis. Dizem respeito à preparação e à forma de condução tática dos combates e engajamentos, descrevendo ações individuais e coletivas, incluindo as ações defensivas e de pronta resposta" (FERREIRA, Suely Pereira. A legítima defesa: como caracterizá-la em operação de Garantia da lei e da ordem (GLO). IN: *Direito Militar Brasileiro: controvérsias, atualidades e análises*. Salvador: Editora Direito Levado a Sério. 2020. p. 150).

terceiros, preservar a integridade da instituição policial e manter a coerência com as normas e a ordem social.

Embora mais comumente feita pelas próprias agências policiais, há uma tendência pela edição de novas normas regulamentadoras da atuação policial por outras instituições, o que abre o espaço para a atuação do Poder Judiciário e para a próxima seção deste trabalho.

3. Regulamentação da atuação policial pelo Poder Judiciário

É verdade que inexistente proibição para que uma regulamentação como esta seja feita pelo Poder Judiciário.

Aliás, não se pode olvidar do disposto no art. 3º-F do Código de Processo Penal⁹ que, embora suspenso pelo Supremo Tribunal Federal liminarmente nas ADIs nos 6298, 6299, 6300 e 6305, prevê um papel regulamentador ao juiz das garantias referente à exploração da imagem dos presos e detidos, o que está a indicar que essa é uma prática em ascensão.

Especificamente quanto ao tema da letalidade policial, lembre-se que ele se encontra inserido na ADPF nº 635, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e que tem como pedido o estabelecimento de restrições à realização de operações policiais nas comunidades do Estado do Rio de Janeiro e mediante a necessária comunicação e justificativa da medida ao Ministério Público. A ADPF busca, assim, definir critérios para a atuação policial e, de algum modo, induzir protocolos que possam reduzir a letalidade dos agentes estatais.

No Brasil, é um tanto quanto incomum o Poder Judiciário fixar diretrizes como esta, mesmo porque uma decisão estrutural, entendida como aquela que busca implantar uma reforma ampla relacionada a uma política pública, pressupõe adoção de medidas e provimentos específicos incomuns. Embora mais debatido no âmbito do processo civil, a teoria do processo estrutural pode ser aplicada no processo penal, como inclusive já foi feito pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF nº 347 que tratou do sistema prisional do Brasil e restou adotada a *teoria do Estado de Coisas Inconstitucional*. De forma resumida, naquele caso, restou-se reconhecida uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais de determinados cidadãos ante a inércia ou incapacidade reiterada das autoridades públicas em modificá-la e, a partir disso, a Corte procura estruturar uma atuação orgânica, mediante a integração de várias autoridades, com vistas a corrigir essas ilegalidades.

⁹ Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no *caput* deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Esse parece ser o contorno a ser dado pela ADPF nº 635 que claudica sobre a adoção de medidas que busquem uma reorganização e uma estruturação material das instituições policiais envolvidas no controle da segurança pública, visando à melhoria do tema relativo à letalidade policial.

Mas, como dito, a atuação do Poder Judiciário em casos assim reclama a tomada de medidas que reestruturem toda uma política pública, voltada à adoção de medidas protetivas dos direitos fundamentais envolvidos na questão. É certo, contudo, que a inovação de uma política criminal, notadamente quando capitaneada pelo Poder Judiciário, deve estar embasada em indicadores concretos acerca do ilícito e levar em conta a participação das agências de segurança, a fim de colher elementos acerca da viabilidade operacional, possibilidade orçamentária e diminuição da resistência das medidas fixadas. E mais, deve considerar ainda os parâmetros da legalidade – exigência nascida da própria ideia de legitimidade – se forma a ser descabida a intromissão direta e frontal do Poder Judiciário em matéria reservada ao império da lei em sentido estrito.

Segundo aponta a doutrina especializada, quando chamado a decidir litígios estruturais, o Poder Judiciário quase nunca utiliza argumentos comprometidos com a reconstrução técnica e racional da política pública confrontada. Geralmente, limita-se a argumentos de índole estritamente técnico-jurídica, dissociada dos campos do saber relacionados à Ciência Política, Ciência da Administração e Gestão Pública, necessários para aferir as razões para efetividade ou não de determinada política pública¹⁰.

Além de evitar este tipo de erro, em casos assim, é absolutamente necessário que uma decisão destinada ao controle de uma política pública como essa leve em conta seu caráter volátil, apta a conferir-lhe correspectividade e ordens diretamente associadas à evolução do problema no tempo¹¹.

Além disso, é imprescindível que uma decisão judicial neste tipo de processo seja conjugada com atividades de outros agentes públicos, de maneira a traçar uma trama de competências capaz de superar o isolacionismo institucional que dificulta a obtenção dos resultados pretendidos.

Um importante ponto de cuidado que uma decisão como esta deve ter é a não criação de rotinas que ampliem as formalidades cartoriais que burocratizem, desnecessariamente, os procedimentos investigatórios brasileiros. O enfrentamento da letalidade policial não pode mecanizar ou engessar o trabalho policial, mediante construção de formalidades como preenchimento de relatórios, aposição de carimbos, encartes de documentos etc., mesmo porque é impossível ignorar que a realidade

¹⁰ ÁVILA, Luciano Coelho. *Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

¹¹ DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais* – Coleção Ministério Público Resolutivo – Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 60-61.

dos fatos e da rotina de combate à criminalidade é pautada por juízos de valor incompatíveis com procedimentalizações aritméticas¹².

Levando em conta essa preocupação, visando ao enfrentamento da letalidade policial, são indicadas adoção de protocolos de atuação direcionados ao uso progressivo da força e de controle de distúrbios capazes de moldar e preparar corretamente os agentes estatais. Essas diretrizes devem estabelecer critérios técnicos para a atuação voltada à autodefesa ou defesa alheia, mediante o cotejo dos riscos que sua ação pode gerar a terceiros.

Também são recomendáveis adoção de medidas semelhantes àquelas já mencionadas no *Protocolo de Minnesota* que trata da investigação de casos envolvendo uso letal da força policial. De acordo com o referido documento, resumidamente, esses casos devem contar com investigações independentes, com participação das vítimas, de seus familiares e da sociedade civil, além de medidas relacionadas ao fortalecimento da perícia técnica.

Deve-se atentar ainda ao seguinte:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o Estado brasileiro por diversas violações aos direitos humanos no julgamento do caso Favela Nova Brasília, enfatizou que, havendo suspeita da prática de crimes graves por membros da polícia, a investigação deve ser conduzida por órgão suficientemente independente das pessoas ou estruturas cuja responsabilidade esteja sendo apurada, como o Ministério Público. A sentença, embasada em diversos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, ressalta que, em conjunturas tais, há alta probabilidade de contaminação da investigação, em virtude da parcialidade de seus gestores, pois se observa que: a) os investigadores são suspeitos em potencial ou são colegas dos acusados ou com eles mantêm relação hierárquica; b) há falhas na adoção de determinadas medidas fundamentais para elucidar o caso e, oportunamente, punir os responsáveis; c) é conferido peso excessivo à versão dos suspeitos, deixando-se de explorar outras linhas de investigação claramente lógicas e necessárias; d) verifica-se inércia excessiva na determinação e cumprimento das diligências¹³.

¹² Esse tipo de cuidado valorativo está contido, por exemplo, na lapidar e histórica lição de Nelson Hungria sobre a moderação da legítima defesa: "A apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre de caso em caso, segundo um critério de relatividade, ou um cálculo aproximativo; não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente; não se pode exigir uma perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão" (HUNGRIA. Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 461).

¹³ Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de atuação para membros do Ministério Público em crimes violentos letais intencionais*. 2021. p. 17-18.

Por fim, mas não menos importante, uma decisão de reestruturação de uma política criminal voltada ao enfrentamento da letalidade policial não pode ignorar as dificuldades estruturais relacionadas ao desempenho das funções policiais e a sua etnometodologia atual. Ganha relevância a análise da rotina das instituições policiais, bem como suas carências de recursos financeiros, logísticos e materiais, circunstâncias que repercutem diretamente na qualidade da tomada das decisões desses agentes estatais quando da atuação concreta.

Isso significa que, para além do estabelecimento de normas de regulamentação do uso progressivo da força e do incremento de medidas de supervisão e punição dos casos de desvios funcionais, a questão sobre a letalidade policial passa pelo incremento relacionado:

a) à melhoria das condições de trabalho dos agentes de segurança, com suporte adequado referente ao efetivo humano suficiente para criação de escalas de serviço e descanso condizente com a atividade desempenhada, apoio emocional mediante padrão remuneratório adequado;

b) oferecimento de treinamentos que visem dar ao agente subsídios para a tomada da decisão do grau de força a ser usada;

c) emprego de ferramentas e equipamentos tecnológicos avançados voltados à melhoria no desempenho do policiamento, inibição do abuso de autoridade e melhoria na apuração dos ilícitos. Disponibilização de armas não letais, promoção de gravações e filmagens durante a operação policial e durante depoimentos colhidos nas investigações tendem a conferir mais celeridade.

4. Conclusão

É certo que urge a estruturação de uma política criminal capaz de melhorar os índices alarmantes relacionados à letalidade policial no Brasil, o que deve envolver as várias instituições relacionadas à segurança pública em torno da questão.

A maior dificuldade deste arranjo resolutivo está na complexidade do tema, fruto da identificação de suas várias causas que possuem, individualmente, diferentes tipos de soluções.

Sem essa percepção, corre-se o risco de imaginar que uma única decisão com uma providência episódica, magicamente, seja capaz de sanar o problema, o que nos remete à sentença feita pelo jornalista norte-americano H.L. Mencken, “para todo problema complexo, existe uma solução simples, fácil e completamente errada”¹⁴.

Espera-se que a complexidade do tema referente à letalidade policial envolva uma gama de atividades estruturais, metodologicamente voltadas à construção de uma política criminal eficaz à sua solução.

¹⁴ MENCKEN, de Henry Louis. *Prejudices: Second Series*. 1920. p. 158.

Referências

- ÁVILA, Luciano Coelho. *Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de atuação para membros do Ministério Público em crimes violentos leítais intencionais*. 2021.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: Parte geral*. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais – Coleção Ministério Público Resolutivo – Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.*
- FERREIRA, Suely Pereira. A legítima defesa: como caracterizá-la em operação de Garantia da lei e da ordem (GLO). IN: *Direito Militar Brasileiro: controvérsias, atualidades e análises*. Salvador: Editora Direito Levado a Sério. 2020.
- GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 10ª edição. Niteroi-RJ: Impetus, 2020.
- HUNGRIA. Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MENCKEN, de Henry Louis. *Prejudices: Second Series*. 1920.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral*. 9ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 508
- ZILLI, Luís Felipe. *Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros*. In: repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8873/1/bapi_17_cap_10.pdf.

A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação *sui generis* e o retrocesso protetivo de suas consequências

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microssistema de tutela. 3. O art. 17-D da nova LIA: criação de uma ação *sui generis*? Ação Civil Pública x Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. 4. Insustentabilidade sistêmica do dispositivo: controles de constitucionalidade e de convencionalidade. Interpretação sistêmica do Direito Coletivo. 5. Conclusões. Referências.

Resumo

O artigo pretende demonstrar que o art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa é juridicamente insustentável no Microssistema de Tutela do Patrimônio Público.

Palavras-chave: Ação *sui generis*. Insustentabilidade. Microssistema.

1. Introdução

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, impõe-se uma relação de perfeita e correta adequação entre o direito processual e o direito material, principalmente no que importa à tutela coletiva de direitos difusos, como é o caso da defesa do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança pública.

A criação, o desenvolvimento e o controle de um sistema normativo que se preste à efetiva tutela desses direitos difusos deve levar em conta, inexoravelmente,

* Doutorando em *Estado de Derecho y Gobernanza Global*, pela Universidade de Salamanca. Mestre em *Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad*, pela Universidade de Salamanca. Pós-Graduado em "Prevenção e Repressão à Corrupção: aspectos teóricos e práticos", pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Privado, pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor da FESP - Fundação Escola Superior do MPMG e de cursos de Pós-Graduação. Membro do Grupo Coordenador do FUNEMP/MPMG - Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a natureza jurídica humana e fundamental de seu objeto de tutela, a fim de propiciar aos seus destinatários sua máxima efetividade, por meio de medidas preventivas e repressivas que concretizem o que foi estabelecido em seu epicentro constitucional – Constituição da República de 1988.

Com base nesta premissa fundamental, o presente trabalho analisa criticamente o texto do artigo 17-D, introduzido à Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230/21, sobre o qual propõe a realização de controles de constitucionalidade e de convencionalidade (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção), bem como interpretação sistêmica, para concluir por sua insustentabilidade jurídica ante nosso Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, sobretudo pelo retrocesso protetivo de suas consequências.

2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microsistema de tutela

O principal fundamento da relevância de uma análise crítica e da hermenêutica eficiente das normas componentes de um sistema jurídico de tutela coletiva é a natureza jurídica do objeto protegido. Em se tratando de direitos transindividuais constitucionalizados, especialmente do patrimônio público, a visão do intérprete sobre o campo normativo deve ser diferente, há de ser sistêmica e prover-lhe a máxima efetividade protetiva, sob pena de proteção deficiente.

Ao identificar sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, descrever condutas típicas e a elas cominar sanções, a Lei de Improbidade Administrativa visa, eminentemente, à proteção eficiente do patrimônio público, da probidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública. Por maior que tenha sido o esforço de identificá-la como norma puramente sancionadora e nela se fazer constar clara preocupação com os direitos e garantias individuais dos investigados/condenados, o intérprete não pode desconsiderar que a finalidade primordial da LIA é justamente a proteção do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança, mesmo porque da própria sanção (cominada ou efetivamente aplicada) também decorrem indissociáveis efeitos preventivos.

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.¹

Unificando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, pode-se conceber o *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel,

¹ Art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da Administração Pública direta e indireta, mas à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando os administradores e os administrados responsáveis por sua efetiva tutela e sujeitos à responsabilização por eventuais danos de qualquer natureza.²

Esse conjunto de bens e direitos móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, possui titularidade difusa, inserido, assim, na terceira dimensão de direitos fundamentais e decorre, logicamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade ou fraternidade coletivas, consagrados no âmbito interno do texto constitucional pátrio, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.³

Com a mudança paradigmática das relações jurídico-sociais entre o homem e o Estado (antropocentrismo), surge o direito à proteção ao patrimônio público, à probidade administrativa e à boa administração pública⁴, como manifestação da dupla dimensão da cidadania, sendo o cidadão (concepção ampla) sujeito de direitos e de deveres, agora com responsabilidade social. Sob o influxo dos princípios republicano, democrático, da solidariedade coletiva e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo, seja ele administrador ou administrado, torna-se, simultaneamente, sujeito de direitos e de deveres, consumidor final do produto da gestão pública e potencial responsável pela prática ou proveito de atos ilícitos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado não se exaurem em medidas de cunho negativo, de abstenção de ingerências ilícitas na esfera fundamental do ser humano. Para muito além disso, em especial no que respeita ao patrimônio público, pela força vinculante da Constituição, cabe ao Estado também proporcionar a efetivação desses direitos, numa máxima amplitude e eficiência do plano positivo dos direitos fundamentais⁵.

Pode-se inferir, portanto, que o patrimônio público, a moralidade administrativa e o direito à boa governança, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foram cunhados, externa e internamente, como direitos fundamentais, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetros básicos para a interpretação e a concretização da própria ordem

² Por essa concepção ampliativa, considerar-se-á o patrimônio público como continente, do qual a probidade administrativa e boa governança são conteúdos.

³ Cf. art. 3º, I, da Constituição da República de 1988.

⁴ Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito fundamental à boa administração pública, ele pode ser inferido como um dos fundamentos constitucionais do próprio regime republicano, do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. Incluímos neste conceito a ideia indissociável de probidade administrativa, continente, segundo expressiva corrente doutrinária ampliativa, da moralidade administrativa (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106).

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-124.

jurídica e da fixação dos balizes e valores do próprio Estado Democrático de Direito⁶. Por sua própria natureza jurídica, reclama tutela ampla e irrestrita, porque, conforme Fernando Rodrigues Martins, “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”⁷

Sob o aspecto objetivo, o caráter fundamental do patrimônio público ressaí de seu conteúdo econômico (dinheiro público), advindo da arrecadação tributária estatal, vinculando-se a sua utilização, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais (sobretudo os sociais) de titularidade coletiva. Sob o aspecto subjetivo, seu caráter fundamental decorre de sua titularidade difusa, a bem do interesse comum.

Nesta perspectiva evolutiva, esses direitos são objeto de proteção internacional e nacional e estão presentes em diversos documentos internacionais de positivação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e, entre outros, especialmente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), mais eloquente instrumento internacional anticorrupção, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 2006, com a promulgação do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro.

Mas é no âmbito interno de nosso sistema jurídico que esses direitos se reconhecem como fundamentais, inseridos no terceiro estrato dimensional-evolutivo como direitos transindividuais difusos⁸ e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988⁹, mas por diversas normas infraconstitucionais, especialmente pela Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa –, recentemente reformada – ou desmantelada – pela chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/21 –, que entrou em vigor em 25 de outubro de 2021. Trata-se, portanto, de direitos difusos de terceira dimensão, decorrentes dos princípios constitucionais republicano, democrático e da solidariedade coletiva, bem como, sob o manto do princípio da proibição administrativa, são garantias individuais constitucionais fundamentais do cidadão e da própria nação brasileira (arts. 1º, 3º, I, 37, § 4º, 85, V, c/c o art. 5º, § 2º, da CR/1988).

A par das previsões típicas criminais existentes desde 1940 (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), antes mesmo do surgimento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) – considerada o grande marco normativo de surgimento da tutela

⁶ Por fins didáticos, já feita a diferenciação conceitual, ao se tratar de tutela coletiva doravante, adotar-se-á a ideia ampliada de “patrimônio público” como continente da proibição administrativa e do direito à boa administração pública.

⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

⁸ A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

⁹ Artigos 5º LXXIII e 129, III, ambos da CR/88, entre outros dispositivos.

coletiva no Brasil –, movimento seguido pela própria Constituição da República de 1988 e pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), já vigorava a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que instrumentalizava a pretensão protetiva de alguns direitos coletivos, em especial, o patrimônio público.

Esse *microssistema* é um conjunto de normas protetivas e sancionadoras extrapenais, as quais descrevem condutas, estabelecem procedimentos próprios, garantias individuais, espécies de tutela administrativa e judicial e ainda cominam sanções, de diversas naturezas, nas distintas e relativamente intercomunicáveis instâncias de responsabilização¹⁰.

Além do estabelecimento do objeto material coletivo de proteção (direitos difusos)¹¹, a LACP trouxe inovações transformadoras ao sistema processual civil pátrio da mais alta relevância: a legitimação ativa coletiva concorrente (art. 5º); a consagração da consensualidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º); tutela específica, liminar *inaudita altera pars* e medidas cominatórias (art. 11), coisa julgada coletiva (art. 16) e o estabelecimento de regras processuais para o processo coletivo.

Seguindo no tempo, vieram a lume as previsões normativas materiais e processuais da Constituição da República de 1988, que revelam os mais sensíveis fundamentos da tutela coletiva brasileira, por meio de um sistema jurídico aberto de direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (princípio democrático, *vide* art. 1º) e de tutela jurisdicional ampla e irrestrita (princípio do acesso à Justiça, do art. 5º, XXV). Registre-se, ainda, a disposição do artigo 129, III, consagradora do princípio da não taxatividade do objeto material da tutela coletiva pelo Ministério Público, reafirmado, genericamente e depois, pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao inserir na LACP o artigo 21, criou o transformador *Microssistema de Tutela Jurisdicional Coletiva Comum*, resultante da integração e interação entre as disposições processuais da Lei nº 9.078/90 e a Lei nº 7.437/85 (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP). Trata-se de um conjunto de normas materiais e processuais coletivas comuns, ou seja, aplicáveis a toda hipótese de proteção jurisdicional de direitos coletivos, inclusive e especialmente à tutela do patrimônio público, o que, conforme se demonstrará, inadmitte a teratológica exclusão realizada pelo art. 17-D da Nova LIA. O CDC trouxe, ainda, disposições conceituais e tripartites sobre os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único) e sobre a coisa julgada coletiva (art. 103).

¹⁰ A Nova Lei de Improbidade trouxe norma inconstitucional (violação dos princípios da isonomia, do devido processo legal, da obrigatoriedade da ação do Ministério Público e do juiz natural) e inconvenção (artigos 30, 34, 41 e 42 da Convenção da ONU Contra a Corrupção) sobre isso, no § 4º do art. 21, prevendo a comunicabilidade incondicionada da instância cível à criminal, qualquer que seja o fundamento da decisão absoluta.

¹¹ Registre-se que, originalmente, o sistema implantado pela LACP era o da *taxatividade do objeto material*, o que restou ultrapassado, posteriormente, pelas disposições materiais e processuais coletivas da Constituição da República, de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que resultaram na alteração da norma do art. 1º, IV, da Lei nº 7347/1985, para nele incluir *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

Esse microcosmos normativo de tutela coletiva genérica é informado por princípios de Direito Material e Processual Coletivo, com a finalidade de viabilizar a máxima efetividade na proteção dos direitos difusos, em especial do patrimônio público. Todos eles servem de fundamento para a implementação de mecanismos de maior eficiência no controle preventivo e repressivo da corrupção, destacadamente pelo Ministério Público.

O sistema normativo brasileiro é pródigo em proteção ao patrimônio público (*lato sensu*), pelo que, é possível que uma só conduta (unicidade da conduta) figure como ilícito penal, civil, administrativo e até político (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Ocorre que, até a edição da originária Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a responsabilização para os atos dessa natureza era ainda tímida, sujeitando o autor da ilicitude apenas à responsabilização criminal (acaso crime fosse o fato), ao ressarcimento dos danos eventualmente causados (responsabilidade civil), às sanções decorrentes de um processo administrativo disciplinar e, por fim, à parca responsabilização política.¹²

Exibindo uma rara boa técnica legislativa, a originária Lei nº 8.429/92 inovou no ordenamento jurídico, ao dispor, em regime próprio e bem sistematizado, basicamente sobre: legitimados ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa; legitimados processuais ativos e passivos; tipificação específica dos de improbidade administrativa; medidas cautelares específicas; sanções para os sujeitos ativos dos atos; regras procedimentais administrativas e judiciais, coisa julgada e prescrição da pretensão sancionatória.

Especificamente quanto à proteção extracriminal do patrimônio público (*lato sensu*), complementarmente ao referido microsistema de tutela coletiva comum (CR/88; LAP; LACP; CDC e CPC), foram editadas diversas normas contendo medidas de prevenção e repressão à improbidade administrativa, inclusive com referências típicas específicas, compondo-se o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*¹³: Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei nº 12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação); Lei nº 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) e Decreto nº 9.203 (Governança).

¹² Salvo a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe do Executivo por infrações à probidade administrativa. Em âmbito infraconstitucional, citam-se as normas precedentes à LIA: Lei nº 3.164/1957; Lei nº 3.152/1958; Atos normativos publicados durante o período da Ditadura Militar e Lei nº 4.717/1965.

¹³ Defendemos a ideia da existência de um continente "*Microsistema Anticorrupção*", que estabelece a tipificação, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón, 1997), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

Exposto esse quadro, o importante e salutar é que sobre todo esse arcabouço normativo, desenvolvido no tempo e a duras penas, deve recair uma interpretação sistemático-teleológica, envolta pelos princípios de direito material e processual coletivos, para que dele se extraia a máxima efetividade e amplitude na proteção do patrimônio público, possibilitando-se a proteção desses interesses e a responsabilização dos agentes ilícitos em seu mais alto grau e nas diversas e relativamente independentes instâncias de responsabilização, diferentemente do que dispõem o novo artigo 17-D, introduzido à LIA pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.

3. O art. 17-D da nova LIA: criação de uma ação *sui generis*? Ação Civil Pública x Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa

Premissa básica de hermenêutica é a ideia de que o texto normativo, por si só, apenas expressa símbolos linguísticos, devendo o seu conteúdo ser extraído pelo intérprete, para que, daí sim, produza efeitos na realidade fenomênica humana. Nas palavras de Eros Roberto Grau, o “texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.”¹⁴ E outra conclusão não se pode chegar a de que, além da péssima redação, o art. 17-D da Nova Lei de Improbidade Administrativa¹⁵ seguiu a lógica da leniência interpretativa do direito sancionador brasileiro e consagrou uma teratológica extração da respectiva ação civil pública (ou *ação sui generis* criada) do Microssistema de Tutela do Patrimônio Público.

Antes de analisar detidamente o texto do dispositivo e fundamentar sua falta de sustentação sistêmica conforme a CR/88, a Convenção de Mérida e todo o Microssistema de Tutela do Patrimônio Público, vale trazer à tona a discussão sobre a qual ramo do Direito pertenceria a Lei de Improbidade Administrativa que, embora de somenos importância pragmática, parece ter sido a origem teórica dessa dissonante redação legal.

Para significativa parte da nacional¹⁶ e internacional, que tem como precursor o espanhol Alejandro Nieto¹⁷, a classificação ou definição da instância do Direito

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

¹⁵ “Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

¹⁶ Neste sentido, por todos, cite-se Emerson García.

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1993, p. 182

Sancionador deve tomar como critério diferenciador a autoridade aplicadora das sanções, pelo que, portanto, a LIA seria norma de direito sancionador de natureza civil, e não de direito administrativo sancionador. Em sentido contrário, que parece ter sido a inspiração teórica da truncada redação do novo art. 17-D, temos a doutrina nacional encabeçada por Fábio Medina Osório, que, em uma leitura peculiar da doutrina espanhola, passou a adotar como parâmetro classificatório do Direito Sancionador a relação jurídica base, para considerar, portanto, a LIA como norma de Direito Administrativo Sancionador.¹⁸

Dispensando-se digressões mais aprofundadas sobre essa dicotomia dogmática, por ser inoportuna, percebe-se que a ânsia de fazer prevalecer um posicionamento doutrinário classificatório de que a LIA se inseriria no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, serviu de fonte para a tentativa de criação de uma “ação *sui generis*” na segunda parte do *caput* do art. 17-D – “(...) e não constitui ação civil” –, que não seria penal nem civil (???). Fica a pergunta: qual seria a espécie de uma ação que visa, exclusivamente, à aplicação, por uma autoridade jurisdicional, de sanções com restringem direitos políticos e econômicos dos réus, mas que, por disposição legal, não é penal nem é civil?

Essa trecho do artigo 17-D causa grande perplexidade, à luz do sistema jurídico nacional, especialmente do Direito Processual Coletivo, claramente dicotômico em relação aos ramos do Direito Sancionador em que se podem exercer a pretensão estatal punitiva contra a corrupção (*lato sensu*): ou a ação é penal (art. 129, I e art. 37, § 4º, parte final, ambos da CR/88), para aplicação de uma pena; ou a ação é de cunho civil (Ação Civil Pública para Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa), para a aplicação das sanções previstas na LIA (e demais tipos de tutela, como sustentamos).

Portanto, não há como se conceber, sob o pálio da mencionada *summa divisio* do sistema jurídico brasileiro, um *tertium genus* de ação para a responsabilização por improbidade administrativa que não seja civil; e mais, que não seja, pelas razões adiante esposadas e respeitadas as posições em contrário, uma verdadeira espécie de Ação Civil Pública.

A primeira parte da cabeça do artigo já demonstra a intenção do legislador em impossibilitar a incidência do princípio da não taxatividade da tutela coletiva, ao restringir o pedido da ação por improbidade administrativa exclusivamente à aplicação das sanções previstas na respectiva lei. O dispositivo já inicia nominando a ação de “ação por improbidade administrativa”, a demonstrar a vontade legislativa de, acolhendo parte da doutrina nacional, retirá-la, de forma inconstitucional e inconveniente, do catálogo de Ação Civil Pública e da incidência interoperante do microsistema de tutela coletiva do patrimônio público.

O fundamento de classificação desta ação como uma ação própria, fora da categoria da ação civil pública, é que a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa estaria inserida na tutela de *interesse público* e não de

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

interesse difuso. Para essa corrente, a ação, no caso, não seria uma ação civil pública, mas uma “ação de improbidade administrativa” (como reza o novo artigo 17-D), já que não se destinaria à tutela de interesses ou direitos transindividuais ou de grupos. Neste sentido, Marcelo Figueiredo afirma que esta ação de improbidade administrativa teria mais proximidade com a ação popular do que com a ação civil pública¹⁹.

A sustentação desta obtusa diferenciação dogmática entre a Ação por Improbidade Administrativa (art. 17-D, *caput*, da Lei nº 8.429/1992) e a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), agora reforçada pelo *caput* do artigo 17-D, por seu parágrafo único e pelo § 16 do artigo 17 se funda na separação dogmática dos interesses tutelados (dicotomia ou tricotomia dos interesses)²⁰ e no princípio da especialidade, pelo qual a LIA disciplinou a respectiva ação com distinção de natureza (natureza *sui generis*), contornos e regramentos próprios.²¹

De outro lado, Hugo Nigro Mazzilli²² que, há muito tempo, ao tratar da origem do instituto, já sustentava que “a rigor, ação civil pública é a ação não penal, proposta pelo Ministério Público”²³, defende que a ação para a responsabilização por ato de improbidade administrativa é sim espécie de ação civil pública, contudo, afirma que a defesa da probidade administrativa não é tutela de interesse transindividual, de grupos, classes ou categorias de pessoas, mas sim de interesse público primário (bem geral da coletividade), de forma que para tanto está legitimado o Ministério Público para a defesa, via ação civil pública, do patrimônio público e da moralidade administrativa.

A nosso sentir, trata-se, claramente de ação civil pública – *Ação Civil Pública para Responsabilização pela Prática de Ato(s) de Improbidade Administrativa*, que possui natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, conforme se extrai tanto do seu objeto material, que é composto dos direitos coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1998), quanto da cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (§ 2º do art. 5º e art. 129, III, ambos da CR/88). E, na condição de garantia constitucional fundamental, não pode ser alijada do referido microcosmos normativo de proteção ao patrimônio público, sob pena de inconstitucionalidade e inconveniência.

¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 287.

²⁰ Sobre a divisão dogmática dos interesses jurídicos, ver ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 69-74.

²¹ Citamos: José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 890-891. WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Ação de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 12/05/2019. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245-247.

²³ Esse posicionamento do renomado autor existe há mais de 20 anos e leva em conta o critério subjetivo da legitimação processual coletiva do Ministério Público. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses públicos em juízo*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

Como já registrado alhures, a proibidade administrativa é exigência do Estado Democrático de Direito e o seu controle jurisdicional é feito, em regra, por intermédio de uma ação coletiva que é a ação civil pública, com pedido de aplicação de sanções legalmente previstas para o agente autor da improbidade ou para quem tenha concorrido para a sua prática. Além disso, pela leitura da parte final do § 4º do art. 37 da CR/88 (“*sem prejuízo da ação penal cabível*”) e, levando-se em conta que, na repartição constitucional da jurisdição comum²⁴, somente existem os ramos criminal e civil, não há – por inclusão ou exclusão – como se afastar a ideia de que se trata de ação *civil* e, como se refere à defesa de interesse difuso, é *ação civil pública* (art. 1º, VIII da Lei nº 7.347/85, c/c art. 83 do CDC), aplicando-se-lhe todos os influxos do microsistema de tutela coletiva.

Ora, o dever de obediência ao princípio da proibidade administrativa pelo administrador e, até mesmo pelo particular, decorre, por outro lado, de um direito constitucional fundamental da sociedade, da nação, de todos os administrados difusamente considerados de terem uma administração subjetivamente honesta e objetivamente ética e cumpridora dos seus deveres legais e constitucionais. Nesses casos, a tutela jurisdicional possui dupla dimensão: é tutela de interesse público, mas também de interesse ou direito transindividual (difuso). E a ação é uma espécie de ação civil pública. O próprio texto constitucional ainda deixa claro que a ação civil pública poderá tutelar o patrimônio público e social (art. 129, III, da CR/1988), sem estabelecer qualquer restrição – princípio da não taxatividade –, sendo essa a orientação constante na Súmula 329 do STJ.²⁵

Tomando por base dogmática todo o desenvolvimento principiológico-normativo dos direitos materiais e processuais transindividuais, esse entendimento separatista e restritivo não nos afigura, *concessa venia*, como o mais apropriado ou, até mesmo, relevante, quando se trata de tutela processual coletiva de direitos e garantias fundamentais, tais como a tutela do patrimônio público.

À luz de princípios de direito material e processual coletivo, notadamente, o da não taxatividade da ação coletiva (art. 83 do CDC), o da máxima efetividade do processo coletivo e o do máximo benefício da tutela coletiva comum, a análise dos textos normativos de proteção do patrimônio público reclama interpretação ampliativa, agregadora, teleológico-sistemática, de modo a torná-los interoperantes, como um verdadeiro *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, que não admite cisão casuística nem proteção deficiente.

Trilhando essa mesma linha de raciocínio, Emerson Garcia assim assevera:

²⁴ A Jurisdição no Brasil pode ser dividida em Comum (criminal e civil) e Especializada, esta que contém a Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho.

²⁵ WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In. *Ministério Público, constituição e acesso à justiça*: abordagens institucional, civil, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. ALMEIDA, Gregorio Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 995.

Equivocada assim, data venia a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei nº 7.347/85. Equivocada, rogata venia, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, e sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância.²⁶

Registra-se também não ser o melhor entendimento o de que a ACP seria descabida em casos de improbidade, uma vez que a estéril limitação do provimento jurisdicional, prevista no art. 3º da LACP (condenação ao ressarcimento em dinheiro e/ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer), já foi suprimida pelo artigo 83 do CDC, que determina a utilização de *todas* as espécies de ações (e provimentos jurisdicionais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela de todos os direitos e interesses transindividuais, entre os quais, o patrimônio público e a probidade administrativa.

Por derradeiro, a regra do art. 13 da LACP não é impeditiva da utilização deste tipo de ação na defesa do patrimônio público, bastando que se utilize, sistematicamente, o disposto no artigo 18 da LIA e no artigo 17 da Lei da Ação Popular, revertendo-se o ressarcimento ao erário ao ente lesado, plenamente identificável.

Dando concretude a esse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou pela aplicação conjunta das normas em comento, formadoras do microssistema de tutela coletiva, sendo uníssona pela possibilidade de cabimento de ação civil pública no campo da improbidade administrativa, a exemplo do conteúdo dos acórdãos proferidos no REsp nº 108.5218-RS e no REsp nº 154.128-SC²⁷. Pinçamos do primeiro aresto substancial trecho, que bem assenta a adequação/cumulação dos pedidos ressarcitórios e sancionatórios do art. 12 da LIA à categoria de ação civil pública e que, por controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, pode ser perfeita e continuamente aplicado após a entrada em vigor da nova LIA, afastando-se a incidência do art. 17-D para todos os fins restritivos que pretendeu veicular em patente retrocesso protetivo ao patrimônio público:

[...]

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que “A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes

²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 742-743.

²⁷ REsp nº 108.5218-RS, 1ª T., Relator Min. Luiz Fux, j. 15/10/2009, DJ 06/11/2009 e REsp nº 154.128-SC, 1ª T., Relator Min. Milton Luiz Pereira, j. 11/05/1998, DJ 18/12/1998. No mesmo sentido, entre outros: REsp. nº 167.344-SP, DJ 19/10/1998; REsp. nº 149.096-MG, DJ 30/10/2000

públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

(...)

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

*Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)” (Alexandre de Moraes in *Direito Constitucional*, 9ª ed., p. 333-334).*

Em verdade, o debate teórico gira em todo, especialmente, das classificações dicotômica (interesses públicos e privados) e tricotômica dos interesses (interesses públicos, privados e transindividuais). Geralmente parte daqueles que defendem a classificação tricotômica afirmam que a ação civil pública só poderia tutelar interesses transindividuais e a tutela da probidade administrativa seria espécie de interesse público. Contudo, por razões sistêmicas e em atendimento aos princípios da solidariedade coletiva e da máxima efetividade da tutela coletiva, entendemos que a leitura da Constituição (art. 129, III, da CR/1988) reclama a adoção da teoria dicotômica constitucionalizada (Título II, Capítulo I da CR/1988): direitos ou interesses individuais e direitos ou interesses coletivos, que constitui a nossa “*Summa Divisio*” do Sistema Jurídico brasileiro²⁸. Sob o ponto de vista material da questão, o patrimônio público, enquanto consequência dos princípios republicano e da solidariedade coletiva, se consubstancia em direito metaindividual fundamental, coletivo *lato sensu*. Sob o aspecto subjetivo, da legitimidade processual do Ministério Público, não cabe à Instituição tutelar interesse público que não seja transindividual (gênero), por expressa vedação do art. 129, IX (representação judicial).

Afere-se, pois, que a diferenciação doutrinária e legal (inconstitucional e inconveniente) entre as espécies de ação para a tutela coletiva específica do patrimônio público não pode sobrepujar o interesse público primário de sua tutela maximamente eficaz, tendo em vista que hermenêutica reclamada, sobretudo em se tratando de

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

direitos e garantias fundamentais, deve ser a de interpretação teleológica-sistemática, de máxima proteção a esses direitos fundamentais.

4. Insustentabilidade sistêmica do dispositivo: controles de constitucionalidade e de convencionalidade. Interpretação sistêmica do Direito Coletivo

O artigo 17-D foi introduzido na Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, alterou, substancialmente, a redação anterior do dispositivo que tratava da ação para responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa e que nada dispunha sobre sua natureza jurídica ou sobre limitação de seu objeto.

Fruto de pressões internas e externas ao Parlamento, à justificativa (pretexto) de promover uma “revisão redacional de adaptação de linguagem”, adequações à realidade social, à jurisprudência nacional²⁹ e para refrear um pretenso “punitivismo” na seara da improbidade administrativa³⁰, o Congresso Nacional fulminou o anteprojeto de reforma à LIA, resultante dos eméritos trabalhos de uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, e promoveu o texto substitutivo, cujo regime de “urgência” foi deliberado em 8 minutos na Câmara dos Deputados, aprovado no Senado Federal e sancionado sem qualquer veto.

A redação dada ao art. 17-D é consequência deste contexto, além de manifestar a clara intenção de confirmar legalmente um posicionamento doutrinário sobre o ramo do Direito a que pertenceria a LIA (Direito Administrativo Sancionador) e sobre a natureza jurídica da respectiva ação – natureza de ação própria, *sui generis* ou *tertium genus* (???) –, o que acaba por implodir, inconstitucional e inconventionalmente (Convenção de Mérida), o Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, por dele extirpar a ação civil pública para responsabilização pela prática de improbidade administrativa e, consequentemente, inviabilizar diversas potencialidades instrumentais do processo coletivo como, por exemplo, a acumulação de pedidos não sancionatórios e os efeitos da coisa julgada coletiva.

Para sanar o anacronismo e a inadequação do artigo 17-D da LIA ao sistema jurídico brasileiro, até que a questão seja levada à apreciação constitucional e convencional do Supremo Tribunal Federal³¹, com efeitos *erga omnes* (Ação Direita de Inconstitucionalidade ou efeitos gerais em julgamento de Recurso Especial com repercussão geral), o que se propõe é a realização de controles difusos de

²⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kqo709qqh4f65uzv33ijhoy213335112.node0?codteor=1687121&filename=PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29.> Acesso em 29 de dez. de 2021.

³⁰ Os dados empíricos revelam justamente o oposto: um cenário de desoladora impunidade. Conforme informações do Conselho Nacional de Justiça, menos de 40% da META 4 da ENASP – identificar e julgar 70% percentual de ações de improbidade administrativa, de ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública e de ilícitos eleitorais – foram cumpridos no ano de 2019.

³¹ STF, ADI 5.240/15, rel. min. Teori Zavascki.

constitucionalidade³² e de convencionalidade³³ (Convenção de Mérida - Decreto n. 5.687/2006), bem como uma interpretação sistêmica (Microsistema de Tutela do Patrimônio Público), à luz dos princípios de direito material e processual coletivo, para afastar os efeitos deletérios do citado dispositivo legal cujas consequências representam enorme retrocesso protetivo aos direitos fundamentais.

No intuito de acentuar a narrativa sobre o “rigor penalizante” da LIA, o texto do novo dispositivo já começa por ignorar os efeitos preventivos (gerais e especiais, negativos e positivos) decorrentes de qualquer norma sancionadora que estabeleça preceitos primários e secundários de responsabilização³⁴, ao dizer que a “ação por improbidade administrativa é repressiva (...)”. Esta passagem do texto exclui, de pronto e implicitamente, a possibilidade de manejo de qualquer outro pedido que não seja o sancionatório específico (repressivo), o que é reforçado no seu parágrafo primeiro, remissivo aos termos da LACP para o “(...) controle de legalidade das políticas públicas e responsabilidade de agentes públicos” por danos causados a todos os direitos metaindividuais.

Esse trecho inicial do artigo 17-D ainda apresenta duas redundâncias atécnicas: a) dispor que a ação, exclusivamente repressiva, possui “(...) caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei (...)”, como se pudesse ter outro caráter que não o sancionatório, já que se destina, exclusivamente, à aplicação das sanções pela mesma lei definidas; b) prever desnecessariamente que as sanções possuem caráter pessoal, princípio básico de Direito Sancionador, qualquer que seja sua instância de responsabilização, conforme o disposto no art. 5º XLV, da CR/88³⁵, com a exceção da transmissibilidade sucessória da obrigação de ressarcimento ao erário, expressa no art. 8º da própria LIA³⁶.

³² Perante os Tribunais, a inconstitucionalidade incidental pode ser arguida por meio de incidente de inconstitucionalidade, regulado pelos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil.

³³ A literatura aponta que origem da expressão “controle de convencionalidade” remonta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mas, foi a partir do caso *Arellano Almonacid vs. Chile* que o tribunal inaugurou a chamada “doutrina do controle de convencionalidade”, incorporada posteriormente ao nosso sistema jurídico nacional. Cite-se trecho do julgamento: “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 126).

³⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; JÚNIOR, Alceu Correa. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

³⁵ As garantias fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório e da pessoalidade das sanções são aplicáveis a qualquer instância de responsabilização, salvo quanto à reparação dos danos e perdimento de bens, conforme o próprio art. 5º, XLV, da CR/88.

³⁶ Registre-se, por oportuno, nosso posicionamento pela inconstitucionalidade do art. 8º da LIA (nova redação), que limitou a transmissibilidade sucessória das sanções apenas ao ressarcimento ao erário, em clara afronta ao art. 5º, XLV, da CR/88, aplicável à responsabilização por improbidade administrativa, mas que excetua do personalismo sancionador também a perda de bens, até o limite da herança. Todas as

A dissonância sistêmica do dispositivo não se esgota nesta primeira parte, o que se percebe da excêntrica categorização excludente *sui generis* presente em sua segunda parte – “(...) e não constitui ação civil” –, que já restou analisada alhures e que acaba por violar dispositivos constitucionais e convencionais.

Por fim, o parágrafo primeiro do dispositivo vai de encontro ao brocardo latino *verba cum effectu sunt accipienda* (a lei não contém palavras inúteis), uma vez que, na pretensão de excluir outras tutelas que não sejam a aplicação das sanções do art. 12, o dispositivo fez remissão inútil ao que já é regulado pela Lei n. 7.43/85, bastando, para tanto, a previsão do *caput*.

Ao pretender criar uma “terceira espécie de ação” em nosso sistema jurídico sancionador, o artigo 17-D ofende diversos dispositivos previstos na Constituição da República de 1988 que foram instituídos para propiciar, direta ou indiretamente, a mais ampla e eficiente proteção ao patrimônio público.

De início, ofende o § 4º do artigo 37 da CR/88, que dispôs claramente sobre a dicotomia sancionatória para os atos de improbidade administrativa pelas searas cível e criminal, viabilizadas, respectivamente e perante o Poder Judiciário, pela ação civil pública para responsabilização por atos de improbidade administrativa e pela ação penal pública incondicionada. Bastaria uma simples leitura da parte final do referido dispositivo constitucional para se compreender, por exclusão lógica, a natureza cível da ação de improbidade, regulada pela LIA.

E a inconstitucionalidade, neste particular, não decorre apenas da simples contrariedade literal ao texto constitucional, mas principalmente porque, ao conferir uma natureza jurídica específica à ação para responsabilização pela prática de atos de improbidade – que não seria nem penal nem cível (?) –, o texto do art.17-D a exclui do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*. e, assim, vai de encontro a alguns dos mais caros princípios constitucionais de Direito Coletivo, materiais e processuais.

A pretensão de criação de um terceiro gênero de ação promove nefastas consequências processuais que se chocam com todo o sistema normativo brasileiro de proteção ao patrimônio público. Ao alijar a ação para responsabilização por ato de improbidade administrativa do multifalado microssistema, o que foi reiterado pelo § 16 do art. 17, o legislador infraconstitucional extrapolou o comando da norma de eficácia limitada do § 4º do art. 37 da CR/88 e impediu diversas possibilidades processuais coletivas que, há muito tempo, vinham servindo de instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, a saber, exemplificativamente: (i) não taxatividade da tutela coletiva (art. 83 do CDC, art. 327 do CPC e arts. 1º, 11 e 14 da Lei n. 4.717/65); (ii) relativização do princípio da correlação entre pedido e decisão; (iii) possibilidade de reexame necessário das decisões absolutórias³⁷; (iv) cumprimento provisório das

sanções de cunho patrimonial são alcançadas pelo referido dispositivo constitucional, mesmo porque, por outro lado, a multa prevista no art. 12 da LIA não é pena, mas sim sanção civil. Neste sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 360.

³⁷ Tema a ser definido no julgamento do Tema 1.042, perante o STJ.

decisões condenatórias ao pagamento de quantia certa (art. 520 do CPC), (v) recursos recebidos em regra só no efeito devolutivo (art. 14 da Lei n. 7.347/85) e (vi) efeitos da coisa julgada coletiva (art. 103, I, do CDC).

O novel dispositivo da LIA ofende o Princípio da Solidariedade Coletiva (art. 3º, I, da CR/88) por excluir o patrimônio público da categoria dos direitos difusos e, portanto, vedar-lhe, via uma única ação civil pública (art. 17, § 16), qualquer outro tipo de tutela que não seja a mera aplicação repressiva das sanções previstas no art. 12 da LIA, decretando a inefetividade de sua proteção a bem de toda a coletividade. Levando-se em conta a correlação inversamente proporcional entre a improbidade administrativa e o desenvolvimento humano³⁸, por diminuir o espectro da tutela coletiva sobre a probidade administrativa, o artigo 17-D viola, também, os princípios do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e da erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). O mesmo se diga ao excluir da decisão exclusivamente condenatória e exclusivamente sancionadora os efeitos da coisa julgada coletiva, previstos no art. 103, I, do CDC e art. 18 da LAP, permitindo-se o absurdo da formação da coisa julgada material em casos de absolvição por insuficiência probatória, em claro detrimento da conservação do patrimônio material e imaterial da coletividade.³⁹

Contrária, principalmente, o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da proteção deficiente ou de infraproteção (*Untermassverbot*)⁴⁰, mais especificamente o Princípio da Proibição do Retrocesso do Direito Coletivo, em que está contido o patrimônio público – *Princípio da Tutela Mínima Anticorrupção* – uma vez que limita a tutela jurisdicional via ACP de improbidade apenas à aplicação das sanções e, com isso, proíbe a acumulação de pedidos⁴¹ e, ao juiz, proferir decisões cognitivas, desconstitutivas, mandamentais ou condenatórias a obrigações de fazer e não fazer, inclusive tutela específica (art. 84 do CDC e arts 497 a 501 do CPC).⁴² Além disso, pela aplicação conjunta do § 10-F do mesmo artigo, o legislador impediu a

³⁸ Para uma análise empírica do tema: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 60-70.

³⁹ Nesse sentido, sustentando a perfeita aplicabilidade, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, do disposto no art. 16 da Lei nº 7.347/85, dispositivo esse que também adota os critérios *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, concluem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Tem-se assim, em resumo, que a improcedência do pedido veiculado na ação civil de improbidade administrativa por insuficiência de provas não inviabiliza a renovação da demanda, pelo mesmo ou por outro legitimado, desde que, nos termos da lei, surjam novas provas”. *Improbidade administrativa*, p. 676.

⁴⁰ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de princípio constitucional implícito, decorrente dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 371.

⁴¹ A cumulação de pedidos em sede de improbidade administrativa é amplamente acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se: AgInt no AREsp 1631790/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe 02/12/2020.

⁴² Exemplo disso é a impossibilidade de o juiz determinar a nulidade de nomeações decorrentes de nepotismo (art. 11, XI, da LIA), as consequentes exonerações (obrigação de fazer ao agente improbo nomeante) e, ainda, a obrigação de não mais nomear aquelas pessoas (obrigação de não fazer); o mesmo se diga quanto à impossibilidade de declarar a nulidade de um processo licitatório fraudado por meio da prática de ato de improbidade (art. 10, VIII, da LIA).

relativização do princípio da congruência entre pedido e decisão condenatória⁴³, o que poderia ocorrer nos casos de cumulação de pedidos ou de limitação qualitativa de sanções, última hipótese em que o juiz poderia condenar o réu a sanções diferentes daquelas reclamadas, já que os fatos (causa de pedir) é que delimitariam a atividade jurisdicional⁴⁴; e isso propicia um patente enfraquecimento retrógrado à proteção dos direitos fundamentais tutelados.

Pelos mesmos motivos de inefetividade inconstitucional da tutela por meio desse *tertium genus* de ação, fora do mencionado microsistema, viola, por fim, o art. 5º, XXXV (acesso à Justiça), e o art. 129, III, ambos da CR/88, este que incumbe ao Ministério Público a proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, desenhada em nosso ordenamento para atender à máxima efetividade e à não taxatividade da tutela coletiva, com todas as espécies de tutela e cumulação de pedidos (art. 83 do CDC, art. 327 do CPC e arts. 1º, 11 e 14 da Lei n. 4.717/65), bem como pelos efeitos da coisa julgada coletiva (art. 103, I, do CDC).

Em outro nível – o da supralegalidade – e pelas mesmas razões jurídicas de enfraquecimento da efetividade da tutela anticorrupção, o artigo 17-D fere o disposto nos artigos 1º, *a*; art. 26, 4; art. 30, art. 35 e 53, *a*, todos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), incorporado à ordem jurídica brasileira desde 2006, pelo Decreto n. 5.687/2006 e referenciado no próprio texto da nova LIA como parâmetro interpretativo (§§ 1º e 2º do art. 11).

Todo o texto normativo da Convenção de Mérida conclama os Estados Partes a promoverem, eficaz e eficientemente, todas as medidas de prevenção e repressão à corrupção, entre as quais, obviamente, a mais ampla tutela jurisdicional. É o que se infere de uma das três finalidades da própria existência da Convenção, prevista em seu artigo 1º: “*Artigo 1. A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; (...)*”. Ora, excluir a ação civil pública da incidência do referido microsistema ocasiona a retrógrada, inconstitucional e inconvencional proteção deficiente ao patrimônio público e inviabiliza, pelos motivos processuais coletivos levantados acima, o cumprimento da mais básica finalidade pretendida pela Convenção.

De igual forma, inviabiliza a tutela de responsabilização em dupla instância das pessoas jurídicas prevista no artigo 26, 4, da Convenção, pela aplicação conjunta do art. 17-D e do artigo 12, § 7º, da Nova LIA e ainda contraria toda a lógica processual e sancionadora prevista nos arts. 30, 35 e 33 da Convenção, na medida em que as suas restrições vão de encontro à clara finalidade supralegal de recomendação/imposição de máximas efetividade e eficiência do Direito Sancionador dos países signatários, em todas as instâncias de responsabilização.

⁴³ O dispositivo não encontra semelhança sequer no Processo Penal, à luz do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*): “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

⁴⁴ Neste sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1033-1035.

No plano infraconstitucional, pelos mesmos motivos especificados acima, o artigo 17-D destoa de todos os vetores de Direito Processual Coletivo e ignora a suas diretrizes interpretativas, violando, conseqüentemente, os princípios: do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum; da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum (art. 83 do CDC); do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; da máxima efetividade do processo coletivo, da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido.⁴⁵

Por derradeiro e pelas mesmas razões de inconstitucionalidade, as disposições do artigo 17-D, reforçadas pelo § 16 do art. 17, afrontam a própria matriz principiológica do Código de Processo Civil, usado como norma subsidiária e determinante do procedimento comum, que determina, logo em seu art. 1º, que “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, ao contrário do que fazem essas exclusões assistêmicas da LIA. Não se olvide da clara ofensa aos princípios da economia processual, da efetividade, da instrumentalidade das formas, da razoável duração do processo e da eficiência.⁴⁶

Por todos esses argumentos, afere-se que o artigo 17-D da Nova LIA não resiste aos controles de constitucionalidade e de convencionalidade (controle forte e fraco)⁴⁷, cujos pedidos incidentais podem ser manejados na própria ACPIA ajuizada pelo Ministério Público ou perante os tribunais (arts. 948 a 950 do CPC) para que o Poder Judiciário possa afastar a incidência desse dispositivo legal ou dar-lhe interpretação conforme a CR/88 e a Convenção de Mérida e, assim, permitir a máxima efetividade de todas as diretrizes do microsistema de tutela cível coletiva do patrimônio público.

5. Conclusões

O patrimônio público, amplamente considerado, continente das noções de probidade administrativa e boa governança é direito fundamental de natureza difusa,

⁴⁵ Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In. *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. (Orgs.) Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

⁴⁶ Aliás, com base no próprio princípio da tutela judicial efetiva, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recentemente o REsp nº 1899407/DF, seguiu a linha ditada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 852.475 e reafirmou a jurisprudência no sentido de que a declaração de prescrição da pretensão sancionadora aplicável aos atos de improbidade administrativa não impede o prosseguimento da demanda no tocante ao pleito de ressarcimento ao erário.

⁴⁷ Em sua modalidade forte, o controle de convencionalidade consiste na não aplicação da norma interna que contrarie o bloco de convencionalidade e jurisprudência internacional. O controle fraco ou débil é um vetor de interpretação das normas internas, em conformidade com conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência internacional, pelo qual não se deixa de aplicar a norma controlada, mas a ela se dá interpretação conforme. Cf. CONTRERAS, Pablo. *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ius et Praxis, vol. 20, n. 2, Talca, 2014.

para cuja proteção existe um *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*, em cujo epicentro se encontra a Constituição da República de 1988 (art. 37, §§ 4º e 5º, e art. 129, III, da CR/1988), orbitado por diversas normas constitucionais de Direito Coletivo (LAP; LACP; CDC; CPC etc.), das quais se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

A redação do art. 17-D parece ter criado um *tertium genus* de ação, que não é nem penal nem civil (?), teratologia que merece reparos hermenêuticos para se compreender a referida ação para responsabilização por ato(s) de improbidade administrativa como ação civil pública – Ação Civil Pública para a Responsabilização pela Prática de Ato(s) de Improbidade Administrativa (ACPIA) – em razão da fundamentalidade do patrimônio público, objeto primordial de tutela da LIA. Esta ACPIA possui natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, tanto por seu objeto material composto dos direitos coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1998), quanto pela cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (§ 2º do art. 5º e art. 129, III, ambos da CR/88). Na condição de garantia constitucional fundamental, não pode, portanto, ser alijada do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*.

Por criar uma ação *sui generis* e retirá-la, acintosamente, do referido microssistema de proteção, o novo dispositivo legal não se sustenta no vigente ordenamento jurídico brasileiro, em especial em face do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*. Ofende o § 4º do artigo 37 da CR/88 por contrariar sua lógica sancionadora jurisdicional dicotômica (ação penal ou ação civil) e por vedar diversas possibilidades processuais coletivas, como a não taxatividade da tutela coletiva; a relativização do princípio da correlação entre pedido e decisão; a possibilidade de reexame necessário das decisões absolutórias; o cumprimento provisório das decisões condenatórias, o recebimento dos recursos em regra só no efeito devolutivo e os efeitos da coisa julgada coletiva.

Por essas razões, o art. 17-D ofende uma plêiade de princípios constitucionais de Direito Coletivo (princípio da solidariedade coletiva, princípio da proibição de retrocesso na tutela do patrimônio público, princípio do acesso à Justiça e princípio da não taxatividade da tutela coletiva), diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (art. 1º, *a*; art. 26, 4 ; art. 30; art. 35 e 53, *a*) e se divorcia da interpretação sistêmica devido ao Processo Coletivo, para o que se propõem controles difuso de constitucionalidade e de convencionalidade e uma interpretação sistêmica de seu texto, por meio de pedido incidental no bojo da ACPIA ou perante os tribunais, a fim de que o Poder Judiciário afaste a incidência desse dispositivo legal ou lhe dê interpretação conforme a CR/88 e a Convenção de Mérida e viabilize a máxima efetividade de todas as diretrizes do microssistema de tutela cível coletiva do patrimônio público.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini e SOSA; Angel Landoni. Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 121:132-140, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

CAPPELLETI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, KAZUO (coords.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 178. São Paulo: LTR, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, T. IV, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMG Jurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In: *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

(In)competência da Justiça Federal brasileira para julgar crimes praticados por brasileiro nato em território estrangeiro: comentários ao acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* n° 97.535-RS

(In)competence of Brazilian Federal Justice to judge crimes practiced by native Brazilians in foreign territory: comments on the decision "Recurso em Habeas Corpus" n° 97.535-RS

Valerio de Oliveira Mazzuoli*
Gabriella Boger Prado**

Sumário

Introdução. I. Da divergência jurisprudencial existente acerca da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiro nato. A) Uma suposta "divergência" existente no STJ: entre a competência da Justiça Federal e Estadual. B) Uma teoria contrária adotada pelo STF e uma "divergência" interna: a competência da Justiça Estadual. II. Dos fundamentos adotados pelo Acórdão comentado para justificar a competência da Justiça Federal. A) A existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados. B) Do interesse da União e da nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior. III. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente estudo realiza uma análise crítica do Acórdão proferido pelo STJ no Recurso em *Habeas Corpus* n° 97.535-RS, que entendeu ser a Justiça Federal brasileira competente para julgar crime cometido por brasileiro nato em território estrangeiro.

* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI. Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB.

** Doutoranda em Direito Internacional Privado na Université Panthéon-Assas, Paris II. Mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela mesma Universidade. Advogada no Brasil e em Portugal.

Trata-se, especificamente, de discussão sobre a competência *ratione materiae* – se da Justiça Federal ou Estadual – em casos de julgamento de ação penal instaurada para apurar crime praticado por brasileiro no exterior, cuja extradição foi indeferida pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de brasileiro nato. Reconhecendo se tratar de matéria contraditória, a Corte Superior reafirmou sua jurisprudência anterior, concluindo pela competência originária da União, e, portanto, da Justiça Federal, para julgar tais tipos de infrações penais. O Tribunal fundamentou o seu entendimento na existência de Tratado de Extradicação vigente – Tratado de Extradicação entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados-partes do Mercosul – e na Constituição Federal de 1988 (arts. 21, I e 84, VII e VIII). Por fim, justificou seu entendimento no art. 109, IV da Constituição, para concluir que são de competência da Justiça Federal as ações penais que cumpram três condições cumulativas: (i) tratem de crimes praticados por brasileiros no exterior; (ii) nos quais não seja possível realizar extradição; (iii) e, em razão dessa impossibilidade de extradição, que o Brasil se obrigue a julgar, com base em tratado internacional existente.

Summary

This study conducts a critical analysis of the STJ's decision "Recurso em Habeas Corpus" nº 97.535 – RS, which decided for the competence of the Brazilian federal courts to process and judge a crime committed by a Brazilian native in a foreign territory. The case examines, specifically, which Brazilian intern jurisdiction is competent - whether Federal or State Courts - in a case of a criminal action instituted to investigate a crime committed abroad by a Brazilian citizen, whose extradition was rejected by the Supreme Federal Court, due to his condition of native Brazilian. Recognizing that this is a contradictory matter, the Court reaffirmed its previous jurisprudence, concluding that the Federal Courts needs to be declared competent to judge such types of criminal offenses. The Superior Court based its understanding on the existence of a current Extradition Treaty (Extradition Treaty between the Government of the Federative Republic of Brazil and the States parties to Mercosur), as well as on the 1988 Brazilian Federal Constitution (arts. 21, I and 84, VII and VIII). Finally, the Court justifies its understanding on the basis of art. 109, IV of the Brazilian Federal Constitution, to conclude for the competence of Federal Courts when three cumulative conditions are satisfied: (i) when the crime is committed by Brazilians citizens in foreign territory; (ii) when extradition is not permitted; and (iii) when due to this impossibility of extradition, that the State is obliged to judge, based on an existing international treaty.

Palavras-chave: Crime praticado por brasileiro nato no exterior. Impossibilidade de extradição. Competência da Justiça Federal.

Keywords: Crimes committed by native Brazilians in foreign territory. Impossibility of extradition. Competence of Federal Courts.

Introdução

A questão da competência *ratione materiae* para o julgamento de crimes praticados por brasileiros em território estrangeiro é tema de alta relevância, que tem ganhado contornos jurisprudenciais importantes nos últimos tempos. A questão não é nova, mas apresenta sutilezas que a jurisprudência pátria tem tentado dirimir no Brasil, a exemplo que fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 97.353-RS, de 26 de junho de 2018, de que foi relator o Min. Felix Fischer. Sobre este julgamento, a presente investigação pretende lançar luzes em forma de comentário ao Acórdão, para o fim de esclarecer a questão no Brasil.

No julgamento do RHC referido, o STJ foi instado a resolver a seguinte questão: é da Justiça *Estatual* ou da Justiça *Federal* a competência para julgar crimes praticados por brasileiros natos em território estrangeiro, à luz da legislação pátria?

Naquele caso concreto, um brasileiro nato (com nacionalidade também paraguaia) foi denunciado no Brasil pela prática de homicídio de cidadão paraguaio ocorrido no Paraguai. O governo Paraguai requereu sua extradição, a qual foi recusada pelo Supremo Tribunal Federal em razão de ser, o acusado, brasileiro *nato*. A denúncia foi recebida por juízo federal brasileiro, que se declarou competente, por se tratar de matéria de cooperação internacional, fundamentada nas disposições do art. 109, III, IV e X da Carta Magna. Discordando da competência assumida, a defesa do acusado impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal de origem, a fim de que fosse declarada a incompetência do juízo federal em questão, e que, como consequência, fosse a ação penal remetida à Justiça Estadual. Tendo sido denegada a ordem no Tribunal de origem, a defesa apresentou recurso ao STJ, com os mesmos objetivos. A 5ª Turma da Corte Superior, por meio do voto do ministro relator, seguido à unanimidade, confirmou a decisão do tribunal de origem, negando provimento ao recurso. Confirmou, assim, a Corte Superior, a competência da Justiça Federal brasileira para julgar as ações penais que cumpram as seguintes condições cumulativas: (i) tratem de crimes praticados por brasileiros no exterior; (ii) nos quais não seja possível realizar extradição; e, (iii) em razão dessa impossibilidade de extradição, que o Brasil se obrigue a julgar o crime, com base em tratado internacional existente entre os dois países. O Acórdão do tribunal ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO. HOMICÍDIO. EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELO PARAGUAI. INDEFERIMENTO PELO STF. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO PENAL NO BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO. RELAÇÕES COM ESTADOS ESTRANGEIROS E CUMPRIMENTO DE TRATADOS FIRMADOS (CF/88, ARTS. 21, I, E 84, VII E VIII). COMPETÊNCIA DA UNIÃO. TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL. COMPETÊNCIA

DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* DESPROVIDO.

I – “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF.” (CC 154.656/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas DJe 03/05/2018, grifei).

II – *In casu*, o v. acórdão fixou a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação penal em que o recorrente, que é brasileiro nato, foi denunciado pela prática de homicídio de cidadão paraguaio, ocorrido no Paraguai, e teve o pedido de extradição indeferido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de nacional.

III – Aplicável ao caso, o Decreto nº 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradicação entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul, no qual estabelece que, na impossibilidade de extradição do acusado por ser nacional da parte requerida, a obrigação de “promover o julgamento do indivíduo” (art. 11.3, do Tratado de Extradicação). A competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria – cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.

IV – Compete à União manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna, e não seja possível a extradição, segundo dispõem os arts, 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição Federal.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

A fundamentação apresentada pelo STJ partiu da observância, em primeira análise, do Tratado de Extradicação em vigor entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados-partes do Mercosul. Tal Tratado dispõe, em seu art. 11.3, que é obrigação do Estado que denega a extradição promover o julgamento do acusado. Assim, sendo, tendo o Brasil indeferido o pedido de extradição requerido pelo Paraguai, caberia a ele processar e julgar o homicida. Em um segundo momento, para justificar a competência dos Tribunais Federais brasileiros (e, portanto, declarar a Justiça Estadual incompetente), a Corte Superior se fundou no art. 109, incisos III, IV e X da Constituição Federal de 1988, declarando tratar-se de matéria de cooperação internacional. Por

fim, para justificar a competência federal, afirmou ser da competência da União a manutenção de relações com Estados estrangeiros e o cumprimento dos tratados firmados pelo Brasil, com base nos arts. 21, I e 84, VII e VIII da nossa Carta Magna.

A matéria não é pacífica, como bem lembrou o Ministro Relator no Acórdão que ora se analisa. Além de uma suposta divergência interna no próprio STJ, certo é que o Supremo Tribunal Federal tem posição contrária à adotada pelo STJ – que também não é aceita por todos os seus componentes.

Analisaremos, de início, a atual divergência existente sobre a competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos (I); e, em um segundo momento, os fundamentos adotados no Acórdão do STJ para justificar a competência da Justiça Federal nos casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos, e que, por essa razão, não são passíveis de extradição (II).

I. Da divergência jurisprudencial existente acerca da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiro nato

A questão da competência interna *ratione materiae* em casos de crimes praticados no exterior por brasileiros natos (e que, portanto, não podem ser extraditados em razão de norma constitucional imperativa) é uma discussão que não vem de hoje. No direito brasileiro, não há norma expressa sobre o tema, razão pela qual, tanto a doutrina como a jurisprudência têm se dividido, ora decidindo pela competência da Justiça Estadual para julgar e processar tais casos, ora afirmando ser da Justiça Federal essa competência. Se há uma suposta divergência interna no próprio STJ (A), o STF é firme em sustentar que o simples fato de o crime ser perpetrado por brasileiro nato no exterior não atrai a competência da Justiça Federal, devendo, por isso, ser a Justiça Estadual declarada como competente em casos assemelhados ao ora analisado (B).

A) Uma suposta “divergência” existente no STJ: entre a competência da Justiça Federal e Estadual

O Acórdão ora comentado é originário da Terceira Seção, Quinta Turma, do STJ, cujo julgamento ocorreu em 26 de junho de 2018. Antes de adentrar no mérito da decisão, o Ministro Relator relembrou a contrariedade da matéria mencionando dois precedentes igualmente da Terceira Seção: um de 2012 e outro de 2013. Em ambos, foi declarada a competência da Justiça Estadual para processar ações penais praticadas por brasileiros no exterior, com fundamento na regra de competência do art. 88 do Código de Processo Penal e do princípio da extraterritorialidade, preconizado no art. 7º, II, “a” e § 2º do mesmo Código.¹ Interessante observar uma particularidade, que difere substancialmente os dois julgados mencionados do ora analisado: a questão

¹ STJ. Conflito de Competência n. 115.375-SP, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 29.02.2012; STJ. CC 120.887-DF, Terceira Seção, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira - Desembargadora convocada do TJ/PE, *DJe* 20.02.2013.

da impossibilidade de extradição por se tratar de brasileiro nato – a qual aparece somente no Acórdão de 2018, ora analisado.

O primeiro Acórdão mencionado, julgado em 2012, de relatoria da Min. Laurita Vaz, com base no art. 88 do Código de Processo Penal, reconheceu a competência da Justiça Estadual, do último domicílio do investigado. O caso versava sobre um crime de furto ocorrido no Japão, perpetrado por brasileiro. Referido cidadão brasileiro teria furtado moeda corrente japonesa de outro brasileiro, que também residia em território japonês, e que teria, posteriormente, retornado ao Brasil. Para fundamentar a competência da Justiça Estadual, a ministra relatora asseverou a aplicação do princípio da extraterritorialidade das leis brasileiras. Relevou, entre outros argumentos, que “a lei brasileira não impede a extradição por esse crime (furto), nos termos do art. 76 *et seq.*, do Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80).” Todavia, nada discorreu sobre o fato de ser ou não o acusado brasileiro nato e, portanto, poder ou não ser extraditado. O Acórdão também trouxe à tona o fato de não existir tratado ou convenção internacional a respeito do delito de furto com o Japão, e conclui pelo afastamento da competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art. 109 da Carta da República.²

O segundo Acórdão, julgado em 2013, dessa vez de relatoria da Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), apesar de ter sido mencionado pelo Acórdão analisado como um caso que decidiu pela competência da Justiça Estadual, é contraditório e não versou exatamente o tema ora abordado. Na realidade, o Acórdão analisa crime de estupro praticado por cidadão boliviano, em território boliviano (apesar de ter sido mencionado, por uma vez, a qualidade de brasileiro pela relatora na fl. 4 – o que os autores acreditaram tratar-se de erro material). O réu teria posteriormente ingressado em território nacional. A Ministra relatora se posicionou pela aplicação extraterritorial da lei brasileira, conforme disposição do art. 7º do Código Penal, e, aplicando o art. 88 do CPP, decidiu pela competência do Juízo da Capital da República. Tal jurisdição foi declarada competente em razão de nunca ter o acusado residido no Brasil. Importante observar que, apesar de o juízo designado como competente – TJDFT – ser órgão integrante do Poder Judiciário Federal, nada foi discutido sobre a competência *ratione materiae*, se da jurisdição Federal ou Estadual. Apenas se observou uma aplicação direta e literal do disposto do art. 88 do Código de Processo Penal.

Analisando ainda a jurisprudência do STJ, podemos mencionar um outro julgado, também da Terceira Seção (anterior aos supramencionados) e igualmente da relatoria da Min. Laurita Vaz, em que se reconheceu a competência da Justiça Estadual para julgar crime de homicídio praticado por brasileiro, juntamente com uruguaios, no território da República Oriental do Uruguai. Aplicando o princípio da extraterritorialidade em conjunto com o art. 88 do Código de Processo Civil, ficou assegurada a competência do tribunal estadual do último domicílio do réu. O Acórdão

² STJ. Conflito de Competência n. 115.375-SP, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 29.02.2012.

ainda ressaltou que o simples fato de o crime ter ocorrido no exterior não atrairia, *per se*, a competência da Justiça Federal brasileira. Ademais, fundamentou-se no fato de o *iter criminis* ter ocorrido em totalidade no estrangeiro, e que tampouco havia tratado internacional a respeito entre os dois países. Portanto, não estariam presentes quaisquer dos requisitos do art. 109 da Constituição Federal, que define as matérias de competência da Justiça Federal.³

Se o julgado ora analisado decidiu em sentido oposto, optando pela competência da Justiça Federal, é preciso observar que dos outros três julgados anteriores da Terceira Seção do STJ nada se discutiu sobre o fato de os acusados serem brasileiros *natos*, e ser, portanto, impossível a extradição, para além de haver tratado internacional ratificado com Brasil. Tal argumento foi essencial para justificar a decisão adotada pela Corte no julgado de junho de 2018. Uma das decisões mencionadas analisa, inclusive, caso de crime cometido no exterior por estrangeiro, diferindo, pois, totalmente do caso que ora se analisa. Se todos os casos tratam de crimes realizados em totalidade em território estrangeiro, um dos requisitos justificadores da competência da Corte Federal no Acórdão ora analisado não estava presente nos outros julgados: o exame da possibilidade de extradição do acusado. Nada foi mencionado a respeito naqueles casos. Logo, não se pode saber se, nos referidos casos, eram os acusados brasileiros natos ou naturalizados e, portanto, passíveis ou não de extradição. Ademais, os três julgados apresentam uma diferença essencial se comparados ao Acórdão objeto do presente estudo: a presença de tratado internacional entre os Estados em causa. A existência de tratado internacional foi um dos fundamentos adotados para atrair a competência da Justiça Federal no Acórdão ora discutido.

Outro julgado mais recente, de abril de 2018, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, também da Terceira Seção do STJ, já havia decidido pela competência da Justiça Federal para julgamento de ação penal de crime praticado no exterior, mas transferida para a jurisdição brasileira por negativa de extradição.⁴ Naquela ocasião, apurava-se eventual prática de crime de falsificação de documentos de identidade portugueses, efetuado em território estrangeiro, em possível esquema de imigração ilegal. Tratava-se, igualmente, de brasileiro nato e havia incidência de um tratado de extradição com Portugal. Os fundamentos foram idênticos: (i) papel da União em manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados firmados (arts. 21, I, e 84, VII e VIII da Constituição Federal), e (ii) impossibilidade de extradição de brasileiro nato, baseada na Constituição e em tratado internacional que submete o caso de impossibilidade de extradição ao dever de julgamento no Brasil. Assim estabeleceu a Ementa: “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF”. Tal julgado foi, inclusive, objeto de *Informativo de Jurisprudência* do STJ, no qual se destacou: “Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação

³ STJ. Conflito de Competência n. 104342-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, *DJe* 26.08.2009.

⁴ STJ. Conflito de Competência n. 154.656-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, *DJe* 25.04.2018.

penal que versa sobre crime praticado no exterior que tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição”.⁵

Logo, seja pela diferença nos fatos e direitos das decisões precedentes, ou ainda pela existência de julgado anterior praticamente idêntico na fundamentação, não se pode afirmar que o presente Acórdão representa uma *mudança* jurisprudencial da Corte Superior, ou que seja *inovador* ou “de princípio”, em referência aos ditos “*arrêts de principe*”, de tradição francesa. Trata-se, na realidade, de uma confirmação de jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, apresenta contradições com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, que passaremos a analisar.

B) Uma teoria contrária adotada pelo STF e uma “divergência” interna: a competência da Justiça Estadual

O STF – tribunal que dá a última palavra em matéria constitucional no Brasil – tem discordado da jurisprudência mantida pelo STJ relativamente ao tema decidido no Acórdão que se está a analisar neste estudo. Em decisão de 2 de abril de 2019, a 1ª Turma do STF, por maioria, assim se manifestou:

Improcede a pretensão do agravante. A aplicabilidade extraterritorial da lei penal pátria surge indubitosa. Trata-se de crime de homicídio, punível no Paraguai, cujo agente, cidadão brasileiro, não está sujeito à extradição. O Decreto nº 4.975/2004, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal uma vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradição, mas no Código Penal brasileiro. Ainda, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto deixa de ofender bens, serviço ou interesse da União. No mais, é ausente o questionamento a respeito da nacionalidade do réu – artigo 109, incisos III, IV e X, da Constituição Federal.⁶

Interessante observar que qualquer semelhança dos fatos com o Acórdão do STJ ora estudado não é mera coincidência. A decisão do STF citada é, na realidade, resultado de Recurso Extraordinário contra o Acórdão do STJ em análise. Nessa ocasião, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário do Min. Alexandre de Moraes, discordou do fundamento confirmado pela Corte Superior, negando, assim, a competência da Justiça Federal naquele caso concreto. O posicionamento do STF foi, assim, frontalmente oposto ao do STJ para o caso em estudo, restando assim ementado:

⁵ STJ. Informativo nº 0625. Publicação: 1º de junho de 2018.

⁶ STF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.175.638-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 26.04.2019.

COMPETÊNCIA – HOMICÍDIO – EXTERIOR – BRASILEIRO NATO – JUSTIÇA ESTADUAL. A prática do crime de homicídio por brasileiro nato no exterior não ofende bens, serviços ou interesses da União, sendo da Justiça estadual a competência para processar e julgar.

Segundo se extrai da decisão do STF, o julgador asseverou que a mera existência de tratado internacional (no caso, o Tratado de Extradicação em vigor) não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal para os casos de crimes cometidos por brasileiros natos no exterior. A Corte também justificou seu raciocínio no fato de que o simples cometimento de crime no exterior, por cidadão brasileiro, não é suficiente para ofender a bens, serviço ou interesse da União, capazes de atrair a competência da Justiça Federal para o caso. A Corte concluiu que o julgamento de tais crimes somente será de competência da Justiça Federal se o caso se enquadrar em alguma das hipóteses do art. 109 da CF/88, o que não se vislumbrou naquele caso concreto.

A jurisprudência anterior do STF vai no mesmo sentido. Em um outro julgado, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, dessa vez analisando um *habeas corpus* fundado em fato (homicídio) praticado por brasileiro no exterior, assentou-se o mesmo entendimento de que “[o] simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é, por si só, neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União”. Ademais, foi ressaltado que se deve dar interpretação restritiva ao art. 109 da Constituição Federal. Como o crime foi inteiramente praticado no exterior, não ficou satisfeita a condição do inciso V, do art. 109, para atrair a competência para a Justiça Federal (quando, “iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro”).⁷

Todavia, ressalte-se que em decisão monocrática recente da lavra do Min. Alexandre de Moraes verificou-se o entendimento contrário, qual seja, o de que é *competente* a Justiça Federal para o julgamento de ação sobre crime de homicídio praticado por brasileiro em Portugal. O fundamento se fez com base no Tratado de Extradicação existente entre Brasil e Portugal e no princípio da cooperação internacional, confirmando, assim, o entendimento anterior do STJ. Assim se manifestou o Ministro na decisão monocrática:

Diante desse cenário, faz-se imperiosa a incidência do art. 5º, 1, da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, promulgada pelo Decreto nº 7.935/2013. (...) Assim, em se tratando de cooperação internacional em que o Estado Brasileiro se compromete a promover o julgamento criminal de indivíduo cuja extradicação é inviável em função de sua nacionalidade, exsurge a competência da Justiça Federal para o

⁷ STF. *Habeas Corpus* 105.461-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 29.03.2016.

processamento e julgamento da ação penal, conforme preceitua o art. 109, III, da Constituição Federal.⁸

Logo, se o entendimento do STF é pela não incidência direta da competência da Justiça Federal, dado o simples fato – que é neutro – do crime ser praticado por brasileiro no exterior, certo é que existe uma divergência na visão estrita de um dos seus ministros, que entende pela atração da competência federal baseada tanto na cooperação internacional quanto na existência de tratado internacional firmado com Estado estrangeiro.

O tribunal, contudo, enquanto Corte Suprema dotada de poder para interpretar definitivamente a Constituição, tem o firme entendimento de que é neutro o fato de o cometido crime ter sido cometido por brasileiro no exterior, para o fim de atrair a competência da Justiça Federal para a causa.

II. Dos fundamentos adotados pelo Acórdão do STJ (2018) para justificar a competência da Justiça Federal

Primeiramente, necessário fazer uma precisão: o Acórdão do STJ de 2018 será analisado sob o ângulo do direito internacional e não puramente do direito penal e processual penal brasileiro, tendo em vista que se está diante de uma situação que apresenta pontos de conexão com mais de uma ordem jurídica. Feita essa precisão, pode-se passar à análise do mérito do Acórdão. Mas, antes de adentrar aos fundamentos adotados pela Corte Superior, é preciso analisar com cautela os fatos, por suas peculiaridades, que podem levar a conclusões divergentes se uma das variantes for diferente. Os fatos são os seguintes: (i) crime praticado *inteiramente* em território estrangeiro;⁹ (ii) por brasileiro nato, que, por tal característica, não pode ser extraditado; e, (iii) existência de tratado internacional em vigor obrigando a República Federativa do Brasil a julgar o acusado em caso de impossibilidade de extradição. Diante da ocorrência desses três fatores concretos cumulativos, qual seria a jurisdição competente, no Brasil, para o julgamento de tais delitos cometidos no exterior: a Justiça Federal ou Estadual?

O STJ responde ser da Justiça Federal a competência para tais casos. E, de forma resumida, pode-se afirmar que, para justificar sua decisão, o Tribunal Superior traz quatro ensinamentos:

(i) A competência federal resulta do fato que a causa é fundada em tratado internacional, fazendo incidir o inciso III do art. 109 da Constituição de 1988;

⁸ STF. Recurso Extraordinário 1270585-MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 17.06.2020.

⁹ O art. 109, V, da Constituição Federal, estabelece que comete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”. O caso em análise ocorreu inteiramente em território estrangeiro, razão pela qual a incidência desse dispositivo sequer foi aventada.

(ii) A competência federal resulta do fato de ser impossível a extradição, e, portanto, seria interesse da União a manutenção de boas relações internacionais, incidindo, pois, o inciso IV do art. 109 da Constituição;

(iii) A competência federal resulta do fato de que o crime de homicídio perpetuado por brasileiro no exterior – que não pode ser extraditado em razão da sua qualidade de brasileiro nato – é uma “causa referente à nacionalidade”, o que faz valer a competência da Justiça Federal, com base no inciso X, do art. 109 da Constituição;

(iv) A União é competente, segundo a Constituição, para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados com eles firmados, fixando-se a sua responsabilidade, sendo então aplicáveis os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição.

Por uma questão de ordem lógica, analisaremos os itens “i” e “iv” acima de forma conjunta, em uma primeira parte; e os itens “ii” e “iii”, em uma segunda parte. Assim sendo, os fundamentos utilizados no Acórdão para atrair a competência da Justiça Federal, podem ser resumidos em dois pontos principais, que passaremos agora a analisar: a existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados (A), e, a questão do interesse da União e o tema referente a nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior (B).

A) A existência de tratado internacional e a competência constitucional da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir tratados

No atual mundo globalizado, em que há grande relações entre indivíduos e Nações, a efetividade da Justiça demanda uma cooperação cada vez mais acentuada entre Estados. As relações jurídicas contemporâneas têm sido marcadas pelo traço da transnacionalidade, pois não se processam unicamente dentro de um único Estado soberano, senão no seio de vários deles concomitantemente. Por essa razão é que a cooperação internacional se torna completamente necessária para satisfazer a justiça material em um dado caso concreto.

No âmbito jurídico, há diversas regras a respeito da cooperação internacional, desde tratados internacionais, resoluções dos tribunais superiores, disposições da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) e da Constituição Federal, além de todo um capítulo no Código de Processo Civil, versando com profundidade o tema.¹⁰

O julgado se fundou, assim, baseado no princípio internacional da cooperação, na existência de tratado internacional de extradição que estabelece a obrigação de promover o julgamento do acuso em caso de impossibilidade de extradição. Diante disso, restou ementado que “[a] competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria – cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.” Ademais, um pouco mais adiante, o julgado fundamentou a

¹⁰ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 254 e ss.

atração da Justiça Federal na competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, aplicando-se, assim, os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Carta Magna de 1988.

Vejamos, com mais detalhes, o que dispõem os dispositivos acima mencionados, utilizados como fundamento para atrair a competência para a Justiça Federal no caso em análise.

Primeiramente, o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 4.975, de 30 de janeiro de 2004, dispõe, em seu art. 11.3, que, “nas hipóteses dos parágrafos anteriores, o *Estado Parte* que denegar a extradicação deverá promover o julgamento do indivíduo, mantendo o outro Estado Parte informado do andamento do processo, devendo ainda remeter, finalizado o juízo, cópia da sentença”.

Por sua vez, a Constituição de 1988 dispõe, em seu art. 109, *ser de competência dos juízes federais* processar e julgar, entre outros: (a) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (inc. III); (b) os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviço ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (inc. IV); e (c) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (inc. X).

Por fim, o art. 21 da Carta Magna, assevera ser de *competência da União* “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. E, em seu art. 84, VII e VIII, estabelece ser da *competência privativa do Presidente da República* “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”, além de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Da análise desses dispositivos, podemos notar algumas diferenças. O Acordo de Extradicação menciona a obrigação do *Estado Parte* para julgar indivíduo que se negou a extraditar. O art. 109 da Constituição da República trata de *competência dos juízes federais*. De outro lado, o art. 21 do instrumento constitucional trata da *competência da União*, e o art. 84 da *competência do Presidente da República*. Existe alguma diferença entre esses termos utilizados pela Constituição e pelo Acordo de Extradicação?

Primeiro, quanto ao Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, um dos fundamentos “clé” da decisão: o que se há de entender por *Estado Parte*? Em sua concepção jurídica moderna, pode-se definir o Estado como um ente jurídico, dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião (comunidade) de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade precípua de zelar

pelo bem comum daqueles que o habitam.¹¹ Esses sujeitos clássicos do ordenamento jurídico internacional podem se apresentar de diversas formas. Entre elas, o Estado Federal, tal como a República Federativa do Brasil. Relembremos que, no Estado Federal, somente o poder central tem personalidade jurídica internacional, não tendo as suas subdivisões territoriais capacidade internacional para o exercício de direitos ou para a assunção de obrigações, salvo raríssimas exceções constitucionais. A soberania externa, na Federação, é exercida pelo governo federal, ao qual compete participar diretamente das relações e dos negócios exteriores do Estado, manter relações com Estados estrangeiros, concluir tratados e convenções internacionais, entre outros.¹²

Ocorre que, uma coisa é a representação internacional de um Estado por meio do Estado Federal, e outra a divisão interna entre competência processual federal (da Justiça Federal) e competência processual estadual (da Justiça dos Estados Federados). Perceba-se que a República Federativa do Brasil é formada pela “união indissolúvel [a Constituição utiliza a palavra “união”, neste caso, em minúscula, mas o sentido é o mesmo da União em maiúscula] dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...” (art. 1º, *caput*). Assim, a República é pessoa jurídica de direito público externo, enquanto a União é pessoa jurídica de direito público interno. É equívoco dizer que “a União celebra ou firma tratados internacionais”, pois o ente responsável para tanto é a República Federativa do Brasil, da qual a União não é mais que *um de seus componentes*, ao lado dos Municípios e do Distrito Federal.

Portanto, a representação externa da Nação é *única* e não fracionada, razão pela qual a Constituição não atribuiu aos componentes da Federação personalidade jurídica externa. Quando o Presidente da República celebra um tratado internacional (à luz do art. 84, inc. VIII, da Constituição) o faz não como Chefe de Governo (figura de Direito interno), senão como Chefe de Estado (figura de Direito Internacional Público) dotado de competência para disciplinar interesses exteriores do Estado, sejam do conjunto federativo (interesses da União) ou de cada um dos componentes da Federação (interesses dos Estados e dos Municípios).¹³

Logo, quando o tratado de extradição existente menciona as obrigações *do Estado Parte*, o que está a fazer é apenas referência à representação *externa* da Nação, que é *única* e da qual o Presidente da República é o representante máximo. Portanto, a obrigação descrita no Acordo de Extradição de julgar o indivíduo não extraditado não se refere, por uma razão lógica, à competência interna, *ratione materiae*, entre a Justiça Federal e a Estadual, senão apenas à obrigação que a República Federativa do Brasil tem – como ente dotado de capacidade internacional e agente representativo

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 378.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 409 e ss.

¹³ Assim (com total razão) a doutrina do direito internacional tributário, entre eles: ROCHA, Valdir de Oliveira, *Tratados internacionais e vigência das isenções por eles concedidas, em face da Constituição de 1988. Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 5/91, Cad. 1, mar./1991, p. 83-84; GRUPENMÄCHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 124-129; e XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. reform. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 152-153.

de Direito Internacional Público – de proceder ao julgamento de indivíduos que não podem ser extraditados em razão do seu direito interno.

Esse raciocínio leva diretamente a um *segundo* raciocínio: em razão do tratado não versar competência *ratione materiae*, não se pode afirmar que a causa é fundada em tratado internacional. O fundamento, como afirma a jurisprudência do STF, com a qual concordamos, é do direito interno (Código Penal e de Processo Penal) e não do direito internacional (com base em tratado internacional, que seria o Acordo de Exatridição existente entre o Brasil e Mercosul).

Ademais, o mesmo raciocínio serve para a competência da União – segundo o texto Constitucional – de manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados. O cumprimento do tratado e sua normativa, *in casu*, nada diz sobre a competência interna das jurisdições brasileiras – se federal, estadual ou, ainda, sobre qual *locus* do território brasileiro – para julgar o autor de crime cometido no exterior. Logo, sob qualquer ângulo que se analise a questão, verifica-se que o julgamento de indivíduo não extraditado é obrigação da República Federativa do Brasil, como pessoa jurídica de direito público externo, e estará cumprida independentemente de tramitar o processo na Justiça Federal ou na Estadual – questão meramente processual interna, que não adentra no âmbito do Direito Internacional Público ou Privado.

B) Do interesse da União e da nacionalidade em casos de impossibilidade de extradição de brasileiros natos que cometam crimes no exterior

Outros dois argumentos foram utilizados pelo STJ para justificar a competência da Justiça Federal: (a) a impossibilidade de extradição, que afetaria o interesse da União, que tem por competência a manutenção de boas relações internacionais, fazendo incidir o inciso IV do art. 109 da Constituição Federal; e (b) a questão da nacionalidade, que, segundo a Corte, por versar a ação de uma causa assemelhada à “causa referente à nacionalidade”, incidiria o inciso X do mesmo artigo.

Antes de adentrar no exame da subsunção da norma legal ao caso em espécie, pode-se analisar brevemente esses dois institutos típicos do Direito Internacional Público. A extradição pode ser definida como o ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo nesse último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que já lhe foi imposta.¹⁴ Tal instituto se justifica no próprio princípio da justiça, segundo o qual a ninguém é lícito subtrair-se às consequências das infrações penais que comete.¹⁵ Além do meio mais antigo e tradicional de cooperação internacional para a repressão de crimes, a extradição é também um dos mais eficazes e eficientes.¹⁶

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 665.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ Para um estudo da evolução histórica do instituto da extradição, v. VIEIRA, Manuel Adolfo. *L'évolution récente de l'extradition dans le continent américain*. *Recueil des Cours*, vol. 185 (1984-II), p. 170-176. Entre nós, v. RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981, p. 14-22.

A extradição é, na verdade, um dos institutos mais importantes da cooperação penal entre os países para a repressão internacional de crimes. Não se trata de pena, mas de medida de cooperação internacional na repressão ao delito, que visa a boa administração da justiça criminal.¹⁷

Os pedidos de extradição podem, ademais, se basear tanto em tratados internacionais como exclusivamente no Direito interno, no caso de a legislação interna permitir a concessão da extradição baseada em promessa de reciprocidade. Da mesma forma, a existência de tratado prevendo os delitos suscetíveis de extradição não prejudica a faculdade que assiste as partes de conceder, uma à outra, com base na reciprocidade, a extradição de pessoas acusadas ou condenadas por outros fatos criminosos, caso a isso também não se oponha a legislação do Estado requerido.¹⁸

Como ramo do Direito Processual Criminal Internacional, o instituto visa à realização de assistência jurídica mútua, em matéria penal, por meio da cooperação entre os Estados (princípio do *punire aut dedere*) e da aplicação judicial internacional do princípio da territorialidade. Diferente das sentenças internacionais cíveis, no direito penal é impossível realizar o *exequatur* de sentenças penais no estrangeiro. Tais sentenças sequer podem ser homologadas em país estrangeiro pelo órgão competente para a homologação de sentenças estrangeiras – salvo se o que se homologa visa apenas surtir efeitos *civis* no território alienígena.¹⁹ Trata-se de verdadeira matéria de cooperação internacional e de auxílio mútuo entre Estados, de fundamento inclusive moral, com a finalidade de reprimir os crimes daqueles acusados ou já condenados em um país e que buscam refúgio em território de outro, a fim de escapar da reprimenda penal.²⁰ Como destaca Bevilaqua, a “extradição não interessa, especialmente, à sociedade internacional dos indivíduos, mas, sim, aos Estados, por ser meio de tornar possível a eficácia de suas leis penais”.²¹

É certo que a extradição é matéria de interesse da União, fazendo incidir o inciso IV do art. 109 da Constituição. Ademais, o próprio texto constitucional define ser atribuição do STF processar e julgar originalmente a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g). Ocorre que, no presente caso, não se está a discutir a extradição do acusado – que, inclusive já havia sido analisada em processo próprio e foi denegada. No caso em análise, trata-se da ação penal para apurar crime de homicídio praticado no exterior, à qual se aplica a lei brasileira (Código Penal e Código de Processo Penal). O recurso interposto perante o STJ (objeto do Acórdão analisado) discute tão somente a competência interna dentro das fronteiras do território brasileiro. Assim, nesse ponto, discordamos, mais uma vez, do raciocínio adotado pela Superior

¹⁷ Cf. SIBERT, Marcel. *Traité de droit international public: le droit de la paix*, vol. I. Paris: Dalloz, 1951, p. 629; FRAGA, Minô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado, O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 668.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ Cf. RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, cit., p. 2.

²¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*, t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910, p. 129.

Tribunal de Justiça. O interesse da União não seria, assim, discutido toda vez que analisássemos qualquer tipo de crime praticado por brasileiros natos no exterior. Compartilhamos, portanto, o entendimento do STF, segundo o qual a interpretação do art. 109 da Constituição Federal, que define a competência dos juizes federais, deve ser realizada de forma restritiva.

Quanto ao segundo argumento adotado pelo STJ, de que a matéria seria análoga à “causa referente à nacionalidade”, também divergimos. Explica-se. Como se sabe, os Estados soberanos são livres para legislar sobre matéria de nacionalidade (corolário do princípio da atribuição estatal da nacionalidade).²² No Brasil, a nacionalidade é matéria constitucional, disciplinada no art. 12 da Constituição Federal de 1988. As hipóteses constitucionais de atribuição da condição de brasileiro nato são *numerus clausus*, fora das quais não existe a possibilidade de sua configuração, seja para ampliar ou restringir os casos estabelecidos pelo texto magno. Segundo o mencionado dispositivo, são considerados como brasileiros *natos* aqueles indivíduos que, ao nascer – seja na República Federativa do Brasil ou, eventualmente, no exterior –, viram-se atribuir a nacionalidade brasileira ou, quando tal não se dá de maneira automática, têm a perspectiva de um dia virem a ser brasileiros mediante opção, com efeitos retroativos.²³

O Brasil adotou o entendimento segundo o qual não é permitida a extradição de brasileiros natos. O art. 5º, inc. II, a esse propósito, estabelece que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Tal não significa, contudo, que os brasileiros natos não possam ser processados no Brasil, pelo(s) crime(s) cometido(s) no exterior. Pelo contrário, o Brasil tem a obrigação de processar e julgar esses nacionais, para que não fiquem impunes dos crimes perpetrados alhures. Tal obrigação é prevista, inclusive, nos inúmeros tratados de extradição firmados pelo Brasil (como é o caso do adotado com os países membros do Mercosul).²⁴

A regra da proibição de extradição de nacionais pela Constituição brasileira está fundada no fato de a justiça estrangeira poder ser injusta com o nacional do outro Estado, processando-o e julgando-o sem qualquer imparcialidade. Mesmo que tal regra apresente alguns inconvenientes, a doutrina majoritária concorda que o princípio da não extradição de nacionais não pode servir para deixar impunes pessoas criminosas, devendo os seus Estados de origem comprometer-se a julgá-las em seus territórios

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 621.

²³ Para uma análise completa sobre a nacionalidade, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 601 e ss.

²⁴ Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, b, e respectivo § 2º) - e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradição Brasil/Portugal (Artigo IV) -, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter ético – jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes” (HC83. I 1 3-DF, Questão de Ordem, rei. Min. Celso de Mello, *Df* 29.08.03).

nesses casos.²⁵ Frise-se que a Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante) – em vigor no Brasil e em outros 15 Estados Latino-americanos – estabelece, no seu art. 345, que os Estados contratantes “não estão obrigados a entregar os seus nacionais”, complementando que a “nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo”.²⁶ Portanto, mais uma norma internacional que impõe a obrigação de julgamento de nacionais não extraditados.

Se é certo que a questão da impossibilidade de se extraditar brasileiros natos se revela como uma causa relativa à nacionalidade, tal não significa que seja esse argumento apto a justificar a competência do juízo federal para a análise da questão de crimes cometidos por brasileiros natos no exterior. Aqui, mais uma vez, repetimos o entendimento de que, no caso em apreço, não se analisa a nacionalidade do acusado ou sua impossibilidade de extradição em razão dessa nacionalidade, senão apenas a *competência* para processar ação penal de apuração de crime de homicídio cometido no exterior, em que se aplica a lei brasileira. Não se discute, como se nota, a *qualidade de brasileiro nato* do acusado e, tampouco, a possibilidade de sua extradição. Por isso, nos parece certo que tal fundamento não há de servir de base para atrair a competência da justiça federal no caso analisado. Se assim fosse, estaríamos fazendo uma interpretação ampla do art. 109, o que viria de encontro à jurisprudência do STF a respeito, como já se viu.

III. Conclusão

Como vimos ao longo deste estudo, a questão da competência *ratione materiae* em casos de crimes praticados por brasileiros natos no exterior não é pacífica, havendo divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e, inclusive, divergência interna (em menor grau, por entendimento um de seus ministros) na própria Corte Suprema.

O Acórdão do STJ ora analisado reafirmou a jurisprudência anterior da Corte, mas sem qualquer inovação. Se fundou – para justificar a competência da Justiça Federal – no art. 109, incisos III, IV e X da Constituição Federal (existência de tratado internacional, impossibilidade de extradição e causa análoga à nacionalidade) e, igualmente, no princípio de cooperação internacional e na competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados (arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da CF).

Todavia, como se viu decorrer da presente análise, não parece possível justificar a competência da Justiça Federal nas normas supramencionadas, pois uma coisa é a obrigação da *República Federativa do Brasil* – como Estado dotado de capacidade internacional e agente de Direito Internacional Público – de processar e julgar os

²⁵ Para uma análise completa sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 681 e ss.

²⁶ O Código Bustamante se encontra atualmente em vigor nos seguintes Estados: Bahamas, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

indivíduos que não podem ser extraditados em razão de seu direito interno e, outra, a competência interna processual, *ratione materiae*, entre a Justiça Federal e Estadual, que se funda em legislação doméstica, mais especificamente no Código de Processo Penal.

Ademais, não se pode afirmar que o julgado do STJ analisado funda-se *propriamente* em tratado internacional: esse apenas menciona a obrigação *do Estado* de julgar os seus nacionais não extraditados. A competência processual é fundada não na norma internacional, mas na norma *interna* de índole criminal. Ainda, mesmo que se reconheça que casos relativos à nacionalidade ou à extradição atraem a competência dos juízes federais, o caso ora analisado não tem como objeto a questão da nacionalidade ou da possibilidade de extradição – que foram analisados em ação própria. O objeto do caso em estudo versa simplesmente a atribuição de competência interna *ratione materiae* – se cabe à Justiça Federal ou à Estadual – para processar brasileiro nato que cometeu crime no exterior. Discorda-se, pois, também nesses pontos, do julgamento estudado da lavra do STJ.

Por tudo o que foi aqui analisado, parece estar correto o STF no sentido de não ser possível atrair a competência para a Justiça Federal pelo simples fato de ter sido o crime praticado no exterior por brasileiro nato, que não pode ser extraditado, com base na Constituição Federal e em tratado internacional existente. O fato de existir uma relação de cooperação internacional entre os países, como já afirmamos, também não é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal, se não houve no caso concreto nenhuma violação direta a interesse da União ou a um dos incisos do art. 109 da Constituição Federal, os quais se devem ser interpretados restritivamente.

Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a synthese dos principios e a contribuição do Brasil*, t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

FRAGA, Minô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado, O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981.

SIBERT, Marcel. *Traité de droit international public: le droit de la paix*, vol. I. Paris: Dalloz, 1951.

VIEIRA, Manuel Adolfo. *L'évolution récente de l'extradition dans le continent américain. Recueil des Cours*, vol. 185 (1984-II), p. 151-380.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



A CPI da Covid e o Estado Democrático de Direito¹

Ives Gandra da S. Martins*

Encerrada, com a encenação midiática que desejou o relator da CPI da Covid, a matéria foi entregue agora à Procuradoria-Geral da República, que é a titular de eventual ação pretendida por 7 dos 11 senadores da referida comissão e rejeitada por 4 deles. Li ambos os relatórios – o exuberante e criativo elaborado pelo relator, senador Renan Calheiros; e o preciso e jurídico, de autoria do senador Eduardo Girão.

A comissão não ouviu os governadores, que foram autorizados pelo Pretório Excelso, em abril do ano passado, a combater a Covid como desejassem, numa alegada competência concorrente que se tornou principal, pois, em seus territórios, decidiram as medidas que entenderam as melhores, sem que pudesse a União opinar.

A decisão do STF não levou em consideração que o artigo 21, inciso XVIII da Lei Suprema, atribui como competência exclusiva da União o planejamento e a promoção dos combates às calamidades públicas. Desta forma, os governos estaduais e os prefeitos passaram a ter competência primária para enfrentar a dramática crise de saúde e a União vicária, secundária, com o direito apenas de acolitar tais governos, fornecendo recursos.

A ausência dos depoimentos de tais autoridades, ausência esta sob o pálio de decisão proferida pela suprema corte, fez da CPI uma comissão de busca apenas de meia verdade sobre o que realmente aconteceu no combate à Covid.

O fato é que, para salvar-se uma vida, todos os médicos utilizam-se de todos os meios possíveis, principalmente quando não há nenhum remédio com eficácia comprovada.

Por outro lado, as conclusões do relatório majoritário foram de que a cloroquina não era eficaz no combate à doença, embora até hoje não haja remédio eficaz para combater a moléstia instalada. Há vacinas para evitar a doença, mas não um remédio comprovadamente eficaz para combatê-la. Foi esta razão pela qual os extraordinários brasileiros que formaram as variadas equipes de saúde usaram diversificada gama de medicamentos num país com mais de 20 milhões de casos detectados. Sempre levaram em consideração a condição do paciente. Não vejo onde se pode pretender considerar um crime sua utilização, bem como de todos os outros remédios indicados

¹ Artigo originalmente publicado no periódico *Gazeta do Povo*, em 8 de setembro de 2021.

* Professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifief, UniFMU, do Ciee/O Estado de S. Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1.ª Região. Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP e ex-presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp).

pelos médicos, sem eficácia também comprovada. O fato é que, para salvar-se uma vida, todos os médicos utilizam-se de todos os meios possíveis, principalmente quando não há nenhum remédio com eficácia comprovada.

Outro aspecto curioso do relatório majoritário é a alegação de que o presidente da República teria cometido um “crime contra a humanidade”, pois o número de mortos no Brasil foi elevado e ele fora omissivo. O Tribunal Penal Internacional só considera haver crime contra a humanidade quando há dolo, ou seja, a deliberada vontade de matar. Nem mesmo o relator Renan Calheiros, creio eu, poderia afirmar que a intenção do presidente Bolsonaro foi assassinar o maior número possível de brasileiros durante o processo. Parece-me, como diria Mark Twain, “um pouco exagerada” a afirmação do senador. A frase atribuída ao escritor ocorreu quando leu a notícia de sua morte, considerando-a “um pouco exagerada”.

Há de se lembrar, ainda, que países europeus altamente desenvolvidos tiveram um número de mortos por 100 mil habitantes mais elevado que o Brasil, assim como o Brasil está entre os países que mais vacinaram a população.

A pedido do senador Fernando Bezerra, os professores Adilson Dallari, titular de Direito Administrativo da PUC-SP; Dirceu Torrecillas, livre docente da USP em Direito Constitucional; Samantha Pflug, titular da Uninove em Direito Constitucional; e eu mesmo, que fui titular de Constitucional da Universidade Mackenzie e sou professor emérito da instituição, elaboramos parecer de 70 páginas entregue à CPI pelo líder do governo naquela casa, mostrando do ponto de vista exclusivamente jurídico a inexistência de qualquer crime tipificado no direito vigente, muito embora, nos últimos tempos, o denominado consequencialismo jurídico tenha levado a Corte Maior a se tornar legisladora positiva, em algumas matérias. Com respeito aos eminentes magistrados, ainda pertencem à velha escola de poderes autônomos e independentes, na qual o Poder Judiciário é apenas um legislador negativo.

O parecer foi ignorado pela comissão, assim como pela mídia, não interessada em mostrar os pontos jurídicos frágeis do relatório da corrente vitoriosa na CPI da Covid.

Parece-me que agora a Procuradoria-Geral da República examinará, juridicamente, cabendo-lhe verificar, com espírito de juristas e não de políticos em campanha, se haveria ou não base para qualquer tipo de ação penal ou civil contra os acusados pelos senadores. Vamos aguardar.



Detalhe da imagem da capa

The background is a painting in shades of red, pink, and purple. It depicts a scene with a figure in a long, flowing dress on the left and a tombstone on the right. The tombstone has the letters 'LE DU TA' visible. The overall style is expressive and somewhat somber.

Observatório Filosófico

Breve estudo sobre a *Desobediência Civil*, à luz do pensamento de Henry David Thoreau, e a sua aplicação nos dias de hoje

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução. A pandemia: negacionismo e reação pacífica da sociedade civil. 2. A *desobediência civil* na visão de Henry David Thoreau. 3. Conclusão: o principal fundamento da *desobediência civil* deve ser a *responsabilidade pelo Outro*. Levinas. Bibliografia.

Resumo

O propósito principal deste artigo é mostrar o importante papel da *desobediência civil* – à luz do pensamento de Thoreau – na luta da sociedade civil brasileira contra a pandemia de COVID-19.

Abstract

The main purpose of this article is to show the important role of civil disobedience – in the light of the Thoreau's thought – in the Brazilian civil society struggle against the COVID-19 pandemic.

Palavras-chave: Desobediência Civil. Thoreau. Pandemia. Negacionismo. Ética. Alteridade. Levinas.

Keywords: Civil Disobedience. Thoreau. Pandemic. Denialism. Ethics. Otherness. Levinas.

1. Introdução. A pandemia: negacionismo e reação pacífica da sociedade civil

O mundo atravessa momento histórico de muita dor e sofrimento. A pandemia que se abateu na humanidade, ceifando a vida de milhares de pessoas (ou causando-lhes sequelas graves e duradouras), acabou se tornando uma espécie de *turning point* na

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RIO.

existência de seres humanos *conscientes* e, paralelamente, a revelação de governantes insensíveis e despreparados para liderarem nações, deixando de propiciar ao povo – principalmente aos mais humildes – recursos necessários para sobreviverem à peste.

No Brasil, a recuperação de milhares de cidadãos é o resultado de uma reação pacífica e, ao mesmo tempo, contundente, de setores não governamentais e da mídia esclarecida, destacando-se, *e.g.*, cientistas de escol, médicos infectologistas e jornalistas que se tornaram, também, arautos de críticas ao desprezo demonstrado por autoridades inconscientes e de sugestões concretas para que medidas sanitárias começassem a ser tomadas antes que a avalanche de mortos continuasse progredindo geometricamente. Obviamente, é preciso reconhecer que um número razoável de políticos *conscientes* se aliou a esses profissionais, não só engrossando o protesto das entidades civis, mas forçando órgãos do governo a atuarem *cientificamente* no combate à peste impiedosa e traiçoeira. Grupo de Senadores, Governadores e Ministros do STF são exemplos marcantes de adesão aos reclamos da sociedade civil, contribuindo de forma decisiva para a mudança de rumo na política sanitária adotada pelo governo central nessa batalha em prol da vida. Exemplifico com a obrigatoriedade de aquisição e de aplicação generalizada de vacinas, a necessidade imperiosa do uso de máscaras e do distanciamento social bem como a permanente vigilância e contestação imediata no tocante às nefastas *fake news*, instrumentos de propaganda e de propagação do “negacionismo”. Importante salientar que a maioria da população aderiu ao movimento de “desobediência”, buscando a vacinação como saída para a sobrevivência.

O “negacionismo” se tornou um fenômeno digno de estudo na área da psicologia (ou patologia?) social. O que se destaca como essência desse comportamento pernicioso e destrutivo é o sentimento do *ódio*. A palavra *ódio* nunca foi tão pronunciada e disseminada no país, nesses tempos sombrios. Pior que o *ódio* só nos leva à destruição. Nutrir revoltas pessoais, em nome de um fundamentalismo ideológico ou mesmo religioso, transforma cada indivíduo envenenado por esse sentimento num verdadeiro vírus que, se deixado livre de qualquer punição legal, tem a capacidade de contagiar outros seres humanos emocionalmente enfraquecidos, provocando movimentos sociais funestos e contrários à democracia. A invasão do Capitólio nos EUA pode ser citada como exemplo recente de selvageria. O *ódio* é sempre pernicioso e inoportuno, destruindo a imagem pública de quem o gera e propaga. Antes de tomar qualquer atitude insana, impulsionada pelo *ódio*, o ser humano deve parar e refletir sobre as consequências maléficas que está produzindo para ele mesmo e para os seus semelhantes. Ninguém merece o nosso *ódio*; e, como corolário lógico, nós também não o merecemos. O *ódio* tem o condão de nos lançar numa espécie de círculo vicioso interminável, deixando as nossas mentes totalmente vulneráveis a energias ruins que acabam encontrando eco noutras mentes, também desequilibradas. Passamos a ser receptores de energias negativas e a nossa presença se torna desagradável e poluidora. É preciso averiguar o porquê do *ódio* eis que ele pode simbolizar um sintoma sério de algo que ainda não conseguimos resolver em nós mesmos. Vociferar, esbravejar,

lançar pragas, mentir ou xingar são manifestações de *ódio* que infestam ambientes e maltratam pessoas. O mundo está precisando de paz e a *consciência* nos diz que devemos meditar sobre o nosso papel na construção de uma sociedade justa, sem *ódio*, sem vingança, sem retaliação. Se dispomos de palavras suaves em qualquer idioma por que não as utilizarmos para o diálogo sempre construtivo? Por que não reconhecermos os próprios erros antes de nos atacarmos com aquele que caminha ao nosso lado? O *ódio* contribui para a involução do espírito e projeta na energia cósmica a semente da guerra. Cabe a cada um de nós contê-lo. Cabe a cada um de nós analisá-lo e dissecá-lo na busca de sua compreensão. Uma vez compreendido, chegaremos sempre à conclusão de que ele é simplesmente inútil. E a sua inutilidade está no fato mesmo de sua manifestação que conduz ao descontrole e enfatiza, no fundo, uma profunda frustração causada por um trauma que evitamos investigar. Hoje, esse *ódio* fundamenta, *v.g.*, as execráveis *fake news*, dolosamente espalhadas nas redes sociais.

O grande filósofo Spinoza, no seu livro “*Ética*”, apresenta a seguinte Proposição que recebeu o número 44:

O ódio que é inteiramente vencido pelo amor converte-se em amor; e o amor é, por isso, maior do que se o ódio não o tivesse precedido.

Escólio. Apesar disso, ninguém, entretanto, se esforçará por odiar uma coisa ou por ser afetado de tristeza, só para desfrutar dessa alegria maior. Isto é, ninguém desejará infligir a si mesmo um mal pela esperança de repará-lo, nem quererá ficar doente pela esperança de ficar curado. Pois cada um se esforçará sempre por conservar seu ser e por afastar, tanto quanto pode, a tristeza. Entretanto, se, contrariamente, fosse possível conceber um homem que desejasse odiar alguém só para ser, depois, tomado de um amor maior por ele, então iria desejar, sempre, odiá-lo. Pois quanto maior tiver sido o ódio, tanto maior será o amor. Consequentemente, ele desejaria, sempre, que o ódio aumentasse cada vez mais. E pela mesma razão, o homem se esforçaria por ficar cada vez mais doente, só para desfrutar, depois, de uma alegria maior por recuperar a saúde. Ele se esforçaria, assim, por estar sempre doente, o que (pela prop. 6) é absurdo (Spinoza 2007:215).

Diante desse quadro disfuncional, o que resta ao cidadão *consciente*? Uma ação que não seja anárquica, mas que seja enérgica no sentido de procurar combater a injustiça de forma pacífica, dizendo “*não*” a diretrizes e normas absurdas oriundas de qualquer poder governante. Como bem resumido pela Dra. Mariana Santiago de Sá, no seu artigo “*Desobediência civil: um meio de se exercer a cidadania*” (publicado no *site* DN-DireitoNet):

A obediência às leis e práticas governamentais dependia da avaliação individual, que devia negar a autoridade do governo quando este tivesse caráter injusto. Não importava que fosse expressão da vontade da maioria, pois esta nem sempre agia da melhor forma possível. A desobediência resultava dos direitos essenciais do cidadão sobre o Estado, que a empregaria sempre que o governo extrapolasse suas prerrogativas ou não correspondesse às expectativas geradas. Thoreau justificava a desobediência como o único comportamento aceitável para os homens, quando se deparassem com legislação e práticas governamentais que não procurassem agir pelos critérios da justiça ou contrariassem os princípios morais dos indivíduos.

2. A desobediência civil na visão de Henry David Thoreau

Primeiramente, faz-se mister um breve esboço para situar, historicamente, esse grande filósofo e escritor norte-americano, nascido em Concord, Massachusetts, em 1817 e falecido em 1862, vítima de tuberculose. Sua breve passagem por este planeta trouxe a lume duas grandes obras: *Walden* e *Civil Disobedience* que se situam entre os livros que mais inspiraram, respectivamente, movimentos ambientalistas e ativistas políticos como Mahatma Gandhi e Martin Luther King Jr. Esses dois últimos personagens históricos mencionaram a obra “Desobediência Civil” como texto básico de suas ideias nos protestos pacíficos levados a efeito contra a injustiça.

O parágrafo de abertura do livro de Thoreau já define, a meu sentir, o conteúdo “revolucionário” e, ao mesmo tempo, pacífico da denominada “desobediência civil”:

Aceito de bom grado a divisa “O melhor governo é o que menos governa”, e gostaria de vê-la aplicada de modo mais rápido e sistemático. Levada a cabo, ela resulta por fim nisto, em que também acredito: “O melhor governo é o que absolutamente não governa”, e quando os homens estiverem preparados para tanto, esse será o tipo de regência que terão. Na melhor das hipóteses, o governo não é mais que uma conveniência; mas a maioria deles é, em geral (e alguns o são às vezes), inconveniente. (Thoreau 2012: 7)

Aparentemente utópico, esse ideal de “não governo” pode ser lido como “governo mínimo”, deixando-se uma margem maior de decisão para a sociedade civil e restringindo-se o alcance do Estado em questões atinentes, por exemplo, à sobrevivência da própria espécie humana como no caso de uma pandemia. O “governo mínimo” não agiria como porta-voz de opiniões desconstruídas e incoerentes em termos de *ciência*, mas como gestor de medidas sanitárias indispensáveis ao bem-estar de toda a população. Eis a forma de um governo atuar, no mínimo, convenientemente.

Relevante assinalar a ênfase dada por Thoreau à *consciência* de cada cidadão como verdadeiro farol a guiá-lo em sua caminhada nessas noites escuras da existência. É o que se dessume do texto seguinte:

Será que o cidadão deve, ainda que por um momento e em grau mínimo, abrir mão de sua consciência em prol do legislador? Nesse caso, por que cada homem dispõe de uma consciência? Penso que devemos ser primeiro homens, e só depois súditos. Não é desejável cultivar tanto respeito pela lei quanto pelo que é direito. A única obrigação que tenho o direito de assumir é a de fazer em qualquer tempo o que julgo ser correto. Já se disse, com muita razão, que uma corporação de homens conscienciosos é uma corporação com uma consciência. A lei nunca tornou os homens sequer um pouquinho mais justos; e, por força de seu respeito por ela, até mesmo os mais bem-intencionados são convertidos diariamente em agentes da injustiça. (ibidem: 9)

O que se constata, *prima facie*, é que a representação política dos cidadãos tem sido cada vez mais fantasiosa pelo fato de recair em indivíduos desvacionados para o exercício de seu múnus público e motivados, tão somente, pelas benesses financeiras que essas funções lhes podem propiciar. Antes das eleições, recorrem às captações ilícitas de sufrágio, nas suas mais variadas formas, aproveitando-se da falta de educação reinante, principalmente na camada social de baixa renda. E depois de eleitos, se esquecem dos compromissos assumidos com os eleitores, descambando, muitas vezes, para a corrupção. No seu famoso livro “O Reino de Deus está em vós”, Liev Tolstói fala sobre a *corrupção*:

Esta consiste em tomar do povo suas riquezas por meio dos impostos e distribuí-las às autoridades que, em troca, encarregam-se de manter e aumentar a opressão. Essas autoridades compradas, dos ministros aos escreventes, formam uma invencível rede de homens unidos pelo mesmo interesse: viver em detrimento do povo. Eles enriquecem tanto mais quanto maior é a submissão com que executam as ordens do governo, sempre e em toda parte, não recuando diante de qualquer obstáculo, em todos os ramos de atividade, defendendo com a palavra e com a ação a violência governamental sobre a qual está fundamentado seu bem-estar. (Tolstói 2014:190)

Thoreau constata, outrossim, que a *sensatez* é privilégio das minorias. E indaga:

Leis injustas existem: devemos nos contentar em obedecê-las? Ou nos empenhar em aperfeiçoá-las, obedecendo-as até obtermos êxito? Ou devemos transgredi-las imediatamente? Em geral, sob um governo como o nosso, os homens julgam que devem esperar até que tenham convencido a maioria a alterar as leis. Pensam que, se resistissem, o remédio seria pior que os males. Mas é culpa do próprio governo que o remédio seja de fato pior que os males. É ele, o governo, que o torna pior. Por que ele não se mostra mais inclinado a se antecipar e a providenciar as reformas? Por que não valoriza suas minorias sensatas? Por que ele chora e resiste antes mesmo de ser ferido? Por que não encoraja seus cidadãos a estar alertas para apontar suas falhas, e assim melhorar sua atuação para com eles? Por que ele sempre crucifica Cristo, excomunga Copérnico e Lutero e declara Washington e Franklin rebeldes? (ibidem: 17)

No excerto que segue, o filósofo deixa claro que o poder de transformar a sociedade tem origem no próprio *indivíduo* cabendo, assim, ao Estado reconhecer em cada cidadão esse potencial de transformação. Teríamos, assim, a forma mais pura da denominada *soberania popular* que se constitui na essência do verdadeiro estado democrático de direito. Percebe-se, com isso, que a *desobediência civil* não é um fim em si mesmo, no sentido de se prostrar no tempo como espécie de “cidadania de revolta”. Trata-se, sim, de uma maneira *emergencial* de agir, impulsionada por mentes conscientes e responsáveis pelo bem-estar do próximo, visando a corrigir distorções praticadas por governantes, num período histórico determinado:

Jamais um Estado será verdadeiramente livre e esclarecido se não reconhecer o indivíduo como um poder mais elevado e independente, do qual deriva todo o seu próprio poder e autoridade, e não o tratar de modo apropriado. Agrada-me imaginar um Estado que enfim possa se permitir ser justo com todos os homens, e tratar o indivíduo respeitosamente como semelhante; que nem mesmo considere uma ameaça à sua própria tranquilidade o fato de alguns indivíduos se apartarem dele, deixando de imiscuir-se nele ou de ser por ele abarcados, desde que cumpram todos os seus deveres de cidadãos e seres humanos. Um Estado que gerasse esse tipo de fruto, e o deixasse cair tão logo amadurecesse, prepararia o caminho para um Estado ainda mais perfeito e glorioso, que também já imaginei, mas ainda não avistei em nenhuma parte. (ibidem:35/36)

3. Conclusão: o principal fundamento da *desobediência civil* deve ser a *responsabilidade pelo Outro*. Levinas

Na procura de um fundamento filosófico contemporâneo para a “desobediência civil”, recorro, mais uma vez, ao grande filósofo francês Emmanuel Levinas, criador da tão aclamada *Ética da Alteridade*. A responsabilidade pelo Outro é, por conseguinte, “anônima” no sentido de que não recai sobre um “rostro” específico. O Rosto é tão-somente o Outrem pelo qual assumimos responsabilidade. É a morte do Outrem que me importa e que me remete à minha própria morte. É como se abandonássemos completamente o egocentrismo desviando nossa atenção inteiramente para o Outro, não importa quem ele seja ou o que ele faça. Por isso que, para Levinas, a relação que se forma entre o Mesmo e o Outro é assimétrica: *“na relação ao Rosto, o que se afirma é a assimetria: no começo, pouco me importa o que Outrem é em relação a mim, isto é problema dele; para mim, ele é antes de tudo aquele por quem eu sou responsável”* (Levinas 2004:145). Esta assimetria importa dizer também que o Outro pode ser *“o absolutamente fraco – ao que está absolutamente exposto, o que está nu e o que é despojado, é a relação com o despojamento e, por conseguinte, como o que está só e pode sofrer o supremo isolamento que se chama a morte”* (ibidem:144). A sujeição do Mesmo ao Outro justifica a expressão de sermos um *ser-para-o-outro*. Mais importante ainda, o Rosto nos põe em contato com o próprio Infinito. Consoante afirmado por Levinas *“A relação com o Infinito é a responsabilidade de um mortal por um mortal”* (Levinas 1993:131). E essa responsabilidade incondicional pelo Outro, poderia simbolizar, talvez, o desejo metafísico inconsciente de preservação da humanidade que, como multiplicidade sempre crescente de rostos, estaria num estado de relacionamento perpétuo com o Infinito. Segundo Levinas *“No acesso ao rosto, há certamente também um acesso à ideia de Deus”* (Levinas, 2007: 74). Na linha deste raciocínio o filósofo assinala que *“há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito”* (ibidem: 74). E acrescenta:

Para Descartes, reside aqui uma das provas da existência de Deus: o pensamento não pôde ter produzido algo que o ultrapassa: era necessário que este algo tivesse sido posto em nós. Logo, há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito. (ibidem: 74)

De acordo com o Professor Hutchens: *“A ética da responsabilidade significa, para o objetivo inicial de esclarecimento, que nós nascemos em um mundo de relacionamentos sociais que não escolhemos e que não podemos ignorar.”* (Hutchens 2007: 35)

A *desobediência civil* não deixa de ser, também, um instrumento eficaz de iniciativa popular no sentido de fazer atuar e de perpetuar esse modelo ético preconizado por Levinas.

Bibliografia

HUTCHENS, B.C., (2007). *Compreender Levinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes.

LEVINAS, Emmanuel, (1993). *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina.

_____. (2004). *Entre nós – Ensaio sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (coord.) et al. 3ª ed. Petrópolis: Vozes.

LEVINAS, Emmanuel, (2007). *Ética e Infinito*. Trad. João Gama. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea.

SPINOZA, Benedictus (2007). *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora.

THOREAU, Henry David (2012). *A Desobediência Civil*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras.

TOLSTÓI, Liev, (2014). *O Reino de Deus está em Vós*. Trad. Celina Portocarrero. Rio de Janeiro: Edições BestBolso.



Detalhe da imagem da capa



Peças Processuais

PARECERES

• • •

PARECER

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

Processo SEI nº 20.22.0001.0022874.2021-23

Ref.: Processo MPRJ nºs 2021.00405889

Assunto: Consulta formulada sobre “Adesão ao Acordo sobre Compras Governamentais da OMC”

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

I

Trata-se de expediente instaurado a partir do Processo MPRJ nº 2021.00405889, que tem por objeto consulta encaminhada a este Ministério Público pelo Secretário de Estado da Casa Civil do Rio de Janeiro, relativa ao interesse em aderir ao acordo sobre compras governamentais (GPA - Government Procurement Agreement) da Organização Mundial do Comércio (OMC), importante tratado plurilateral que conta com 20 partes signatárias (0696847).

Segundo consta das informações do órgão de origem, bem como do documento original que acompanha a solicitação, oriundo da Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, a adesão, com a consequente possibilidade de licitar com mercados internacionais, trará *“benefícios tanto para a administração pública, que passará a licitar a custos menores, quanto para os fornecedores domésticos de bens e serviços, que passam a ter acesso privilegiado a licitações realizadas no exterior”*.

Os autos foram encaminhados à d. Subprocuradoria-Geral de Administração, que solicitou a manifestação da Secretaria-Geral (0699622).

No âmbito da Secretaria-Geral, foram colhidas as seguintes manifestações: (i) da Secretaria de Planejamento e Finanças, que, em princípio, não opôs óbices à adesão pretendida (0708076); (ii) da Diretoria de Licitações e Contratos, que esclareceu que (a) a matéria não tem relação com a missão constitucional do Ministério Público, pois refere-se a instrumento de política pública na área econômica, considerando que o mercado de contratações públicas corresponde a cerca de 3% do PIB; (b) nas licitações, a regra geral é o tratamento isonômico entre licitantes nacionais e estrangeiros (art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93 e art. 9º, II, da Lei n.º 14.133/2021), além de haver previsão de contratação direta por dispensa de licitação de fornecedores de bens e serviços objeto de acordos internacionais, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração; (c) apesar das vantagens da adesão, como o acesso ao

mercado de compras governamentais dos países membros, ainda não se sabe os custos para a efetivação desse tipo de acordo no âmbito do Ministério Público (0724543); (iii) da Assessoria Jurídica, que, em princípio, “*não vislumbra óbice legal à adesão do MPRJ ao Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e aos acordos internacionais de compras públicas concluídos e em negociação pelo Brasil, desde que observadas as preferências e o tratamento diferenciado previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, conforme aduzido acima e nas manifestações da SPF e DLC, se for este o intento da Administração, em seu prudente juízo discricionário, registrando este Órgão Consultivo, por fim, que a manifestação definitiva sobre o tema depende da análise dos termos finais do acordo ainda em elaboração*” (0732968).

Manifestação do douto Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, no sentido de que a participação da Instituição em compras governamentais da OMC e nos acordos internacionais de compras públicas precede da análise minuciosa dos termos do acordo, que ainda se encontra em fase de negociação (0749382).

Por força da decisão encartada, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica (0760836).

II

O governo federal abriu consulta pública sobre a adesão do Brasil ao Acordo de Compras Públicas (GPA, na sigla em inglês), da Organização Mundial do Comércio. Como informado pela douta Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral, o GPA é um tratado plurilateral integrado por 48 membros da OMC, com o objetivo de promover a abertura mútua dos mercados de compras públicas dos seus membros, mediante compromissos de transparência e não discriminação. A referida consulta visa, em linhas gerais, a ampliar essa modalidade de compras públicas de modo a abranger estruturas de poder estaduais e municipais.

Além de fomentar a adoção de boas práticas de governança nas licitações, os compromissos internacionais propiciam o aumento da concorrência entre os fornecedores de bens e os prestadores de serviços à administração pública, otimizando a relação custo-benefício das compras governamentais e contribuindo para os esforços de ajuste fiscal. Os termos do acordo a ser firmado já se encontram em fase de negociação, envolvendo órgãos das esferas federal, estadual e municipal, todos sob coordenação do governo federal.

O Acordo de Compras Governamentais (*Agreement on Government Procurement* –GPA), da Organização Mundial do Comércio (OMC), tem como objetivo abrir os mercados de compras governamentais para a concorrência estrangeira e tornar os contratos governamentais mais transparentes. O GPA busca fornecer garantias legais de não discriminação dos produtos, serviços ou fornecedores de partes do GPA em aquisições abrangidas pelo acordo. Não bastasse o objetivo de tornar os processos de compras governamentais dos países membros mais transparente e competitivo, o principal e potencial benefício em integrar o GPA é o de permitir que empresas locais acessem o mercado de compras governamentais dos partícipes do acordo, que hoje em dia conta com os 28 países da União Europeia (UE) e mais dezesseis

países, entre eles Estados Unidos, Canadá, Coreia do Sul e Japão, conforme indicado no ofício expedido pela origem.

Como se verifica da instrução dos autos, a matéria foi devidamente analisada pelos órgãos técnicos desta Instituição diretamente envolvidos, os quais, apesar de não vislumbrarem óbices, *a priori*, para a adesão pretendida, ressaltaram a inexistência de estudos que apontem para os seus impactos no âmbito do Ministério Público. Nesse particular, observa-se que o objetivo central do acordo é o de abrir o processo licitatório à participação de sociedades empresárias estrangeiras, de modo a remover qualquer óbice nesse sentido, o que se somará à possibilidade de contratação direta nas hipóteses já indicadas pela legislação.

Ainda é de todo relevante destacar que a efetiva adesão do Estado brasileiro ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio implicará significativas modificações nos processos de contratações públicas, incluindo-se aí aquelas realizadas pelo Ministério Público.

No ofício inaugural, direcionado pelo Secretário de Estado da Casa Civil a Vossa Excelência, é questionada não só a existência de interesse na adesão ao ajuste, que tende a ser positiva, considerando a ampliação do rol de contratantes em potencial, como também a indicação dos bens e serviços que se prefere, ou se deve contratar, sem as garantias de concorrência de licitantes estrangeiros, sendo exigida a indicação dos respectivos motivos. Questionamento desta natureza está nitidamente entrelaçado à possível oposição, pelo governo brasileiro, de reservas ou ressalvas ao acordo a ser celebrado, que tem justamente o objetivo de assegurar tal concorrência. Essas informações, à evidência, são essencialmente factuais, devendo ser apresentadas, se fosse o caso, pelos órgãos competentes da Instituição, os quais não apresentaram qualquer dado que pudesse justificar a existência de exceção como essa, o que certamente foi influenciado pela natureza das contratações rotineiramente realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

III

Pelo exposto, esta Consultoria Jurídica não opõe óbice jurídico à manifestação de interesse do Ministério Público na adesão do Estado do Rio de Janeiro ao “Acordo sobre Compras Governamentais (GPS)” da Organização Mundial do Comércio, caso seja este o juízo valorativo de Vossa Excelência. Quanto aos bens e serviços a serem contratados “*sem a garantia de concorrência de licitantes estrangeiros*”, tal haveria de ser indicado, se fosse o caso, pelos órgãos administrativos competentes, o que não ocorreu. Quanto ao “Questionário GPA-Estados”, a ser preenchido pelo Ministério Público, ele o foi, em caráter parcial, no âmbito da Diretoria de Licitações e Contratos (0723847), mas sem aprovação do Secretário-Geral.

Rio de Janeiro, 14 de julho de 2021.

EMERSON GARCIA
Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1ª Procuradoria de Justiça junto à 26ª Câmara Cível

Processo nº 0058212-77.2021.8.19.0000

Agravo de Instrumento

Agravante: L.K.C.S.

Agravado: B.S.

Relator: DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE, DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE. TRANSTORNOS PSQUIÁTRICOS. TUTELA DE URGÊNCIA VISANDO AO AFASTAMENTO DA CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO DE 50% A PARTIR DO 31º DIA DE INTERNAÇÃO POR ANO. ABUSIVIDADE. NULIDADE. CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA. RESTRIÇÃO DE DIREITO INERENTE À NATUREZA DO CONTRATO E AO OBJETO. EXIGÊNCIA EXCESSIVAMENTE ONEROSA PARA O CONSUMIDOR. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS TIPOS DE PATOLOGIA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MÁXIMA EFETIVIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E RETROCESSO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DO DANO EM RELAÇÃO AO PRESTADOR DO SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA DA TESE FIXADA PELO STJ NO TEMA Nº 1.032 POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. *DISTINGUISHING*. ART. 489, § 1º, VI, DO CPC, APLICADO A CONTRÁRIO SENSU. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO EXIGIDA NA CLÁUSULA CONTRATUAL. PREVISÃO EXPRESSA INCOMPLETA. CONTRATO DE ADESÃO QUE EXIGE INFORMAÇÃO CLARA AO CONSUMIDOR QUE NÃO FOI OBSERVADA. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO COM O DEFERIMENTO DA TUTELA PARA AFASTAR, POR ORA, A COBRANÇA DA COPARTICIPAÇÃO. SUBSIDIARIAMENTE, OPINA PELA PROIBIÇÃO DE COBRANÇA ANTES DO TÉRMINO DA INTERNAÇÃO.

*Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,*

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L.K.C.S., representada por seu marido, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com declaratória de

nulidade de cláusula contratual, nº 0021432-90.2021.8.19.0210, deflagrada em face da operadora de saúde, visando à reforma da decisão inserta no doc. 000012 do Anexo 1, que indeferiu pedido de tutela provisória de urgência. Objetiva a autora, ora agravante, seja a ré compelida a custear a internação psiquiátrica a que está submetida, afastando-se a cláusula de coparticipação após o decurso do 30º dia de internação.

Eis a decisão recorrida:

Trata-se de pedido de tutela de urgência formulado em obrigação de fazer, objetivando compelir a ré ao custeio do tratamento médico a que está submetida a autora, considerando a exigência formulada pelo plano de saúde do pagamento de metade do valor da diária, a título de coparticipação, já que ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias de internação, o que a demandante alega não ter condição de pagar.

Embora não descrito expressamente na inicial, que não veio acompanhado do contrato celebrado entre as partes, entende-se que o plano de saúde da autora é do tipo coparticipativo, a ensejar o rateio das diárias de internação após ultrapassado o prazo descrito no contrato. O ponto a ser dirimido, portanto, é quanto à legalidade de tal exigência.

Sobre o tema, há decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.809.486/SP), em sede de Recurso Especial de Controvérsia, definindo a inexistência de abusividade da cláusula de coparticipação, nos termos da ementa abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - AÇÃO DE COBRANÇA EM REGRESSO - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA, NA ORIGEM, ANTE A ENTÃO REPUTADA ABUSIVIDADE NA LIMITAÇÃO DE COBERTURA APÓS O TRIGÉSIMO DIA DE INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE VOLTADA À DECLARAÇÃO DE LEGALIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE PLANO DE SAÚDE QUE ESTABELECE O PAGAMENTO PARCIAL PELO CONTRATANTE, A TÍTULO DE COPARTICIPAÇÃO, NA HIPÓTESE DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR SUPERIOR A 30 DIAS DECORRENTE DE TRANSTORNOS PSQUIÁTRICOS. 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015: 1.1 Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro. 2. Caso concreto: Inexistindo limitação de cobertura, mas apenas previsão de coparticipação

decorrente de internação psiquiátrica por período superior a 30 dias anuais, deve ser afastada a abusividade da cláusula contratual com a consequente improcedência do pedido veiculado na inicial. 3. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.486 - SP (2019/0106488-1) - RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI).

Assim, considerando a necessidade de observância, pelo juízo, dos acórdãos dos tribunais superiores em sede de recursos repetitivos, nos termos do art. 927, III do CPC, sendo certo que não se vislumbra abusividade da cláusula contratual que estipula a coparticipação do usuário em hipóteses de internação por prazo superior a 30 (trinta) dias, INDEFIRO a tutela de urgência.

Em suas razões recursais (doc. 000002), a agravante pugna pelo deferimento da tutela provisória, com o fim de assegurar a manutenção de sua internação psiquiátrica na Clínica da Gávea, sem a cobrança da coparticipação. Sustenta a agravante que a continuidade de seu tratamento é imprescindível, como registrado no laudo médico anexado aos autos, e que não possui condições de arcar com os custos da coparticipação, ressaltando que tal fato acarretará a desinternação com severos riscos à sua própria vida. Afirma ser abusiva a cláusula contratual que prevê a coparticipação após o 30º dia, asseverando que estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento da tutela provisória de urgência pleiteada.

Decisão proferida pelo Ex. Des. Relator, inserta no doc. 000023, indeferindo o pedido de tutela recursal pleiteado, por considerar que a questão foi submetida ao rito dos recursos repetitivos (Tema nº 1.032 do STJ), tendo o julgado reconhecido a legalidade da cláusula de coparticipação para a internação psiquiátrica quando expressamente ajustada e informada ao consumidor.

Inconformada, a agravante interpôs Agravo Interno, inserto no doc. 000037, objetivando a reforma da decisão, afirmando que o Tema nº 1.032 não se aplica ao caso em tela, uma vez que o representante da agravante apenas teve conhecimento da necessidade de coparticipação quando da cobrança realizada após o 30º dia de sua internação. Alega, ademais, que não foi fornecida ao seu representante ou à Defensoria Pública a cópia do contrato celebrado entre o empregador e o agravado, desconhecendo os termos da contratação.

Contrarrazões apresentadas no doc. 000045, por meio das quais a parte ré pugna pelo desprovisionamento do recurso interposto, invocando, em apertada síntese, resolução normativa da ANS e a aplicação da tese firmada no Tema nº 1.032 do STJ, a qual afastaria, segundo afirma, a probabilidade do direito.

É o breve Relatório.

DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

O agravo de instrumento é tempestivo. Satisfeitos, igualmente, os demais requisitos necessários à admissibilidade do recurso em espécie, previstos no art. 1.016 do Código de Processo Civil.

NO MÉRITO

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, por meio da qual a autora, internada na Clínica da Gávea, desde o dia 25/06/2021, com quadro de humor deprimido, desânimo, angústia, comportamento impulsivo, com diversas tentativas de suicídio, uso abusivo de álcool, episódios de automutilação e baixa tolerância à frustração (enquadrados como transtorno depressivo recorrente somado a transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – CID F33 + F10), pleiteia seja a ré condenada a custear a manutenção de sua internação psiquiátrica na referida clínica, de forma a possibilitar a continuidade de seu tratamento, sem qualquer cobrança de coparticipação. Requer, ainda, o ressarcimento de eventuais despesas com o pagamento de diárias, além de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00.

Afirma a parte autora que a empresa ré passou a exigir o pagamento de coparticipação no percentual de 50% do valor da diária, a partir do 31º dia de internação, e que sua família não possui condições financeiras de arcar com esse custo, o que inviabilizará a continuação do seu tratamento, com severos riscos à sua vida, como assegurado no laudo médico subscrito pela médica que a assiste.

A decisão vergastada indeferiu a tutela provisória de urgência pleiteada pela parte autora, invocando a tese firmada no Tema nº 1.032 do Egrégio STJ.

01 - Tutela de urgência

Com efeito, a questão recursal cinge-se em saber se há a presença, ou não, dos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência quanto ao direito alegado pela autora, ora agravante: violação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor por parte do réu no tocante à cobrança de contraprestação de 50% após o 30º dia, por ano, de internação hospitalar, quando decorrente de patologia psiquiátrica.

De acordo com o art. 300 do CPC, o juiz poderá conceder a tutela provisória de urgência, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado, vale dizer, o *fumus boni iuris*, e o perigo de dano ou o risco à utilidade do processo.

Acerca do tema, esclarece Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael de Oliveira (2016, p 608-609)¹ que “[...] é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de

¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Alexandre A. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, v. 2, p. 608-609.

que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.” Os autores acrescentam que “junto a isso deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos”.

Eis a norma em comento:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesse diapasão, não se exige, num primeiro momento, a apresentação de prova determinante e incontestável para a concessão da tutela antecipada, mas sim prova verossímil e satisfatória ao Juízo, suficiente para seu convencimento e que aponte para a existência do direito pleiteado.

Cabe trazer-se à baila, também, a diretriz da doutrina de Alexandre Câmara:²

Na cognição sumária busca-se um juízo de probabilidade, devendo o provimento a ser proferido afirmar, apenas e tão somente, que é provável a existência do direito, ou seja, que há fortes indícios no sentido de sua existência, convergindo para tal conclusão a maioria dos fatores postos sob o exame do juiz. [...] São diversas as hipóteses em que o juiz é chamado a emitir provimentos com base em cognição sumária, entre eles se destacando as medidas cautelares e a tutela antecipatória (CÂMARA, 2001, p. 244).

Feitas as considerações apresentadas, impõe-se o exame dos requisitos anunciados: De proêmio, o *fumus boni iuris* mostra-se evidente diante da gravidade do quadro da autora, atestado no laudo inserto no doc. 000016, fl. 24 do Anexo 1, *não contestado pela ré*. O ponto nevrálgico, portanto, está no exame da verossimilhança, vale dizer, da plausibilidade do direito alegado ante o conteúdo do Tema nº 1.032 do STJ, segundo o qual, *“nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.”*

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001, p. 244.

02 - Da exigência de coparticipação

Cuida a presente hipótese de matéria afeta a plano de saúde, caso em que deve ser aplicada a lei regulamentadora das relações de consumo e que atribui a qualidade de consumidor à pessoa que usa o serviço como destinatário final, e de fornecedor ao seu prestador, especialmente o de natureza securitária (art. 2º e art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90), consoante o enunciado da súmula 608 da Corte Especial:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Importante não se perder de vista que, para além da relação privada, o objeto do contrato em comento alberga prestações de saúde, indiscutivelmente, um direito fundamental assegurado na Constituição de 1988, que ganha maior força quando se trata da proteção do direito à saúde de pessoa em situação de vulnerabilidade, como se dá com o paciente com transtornos mentais, conforme já consolidado na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, ao resguardar a defesa do direito fundamental à saúde, em suas múltiplas dimensões, reconhecendo, *a fortiori*, a “necessidade de intervenção do Judiciário para a garantia de seu núcleo essencial, [...] sobretudo em benefício dos portadores de transtornos mentais, pessoas vulneráveis [...]”.³

Na mesma trilha, assevera o Ex. Min. Luiz Felipe Salomão, no voto lavrado em ação ajuizada em face de plano de saúde, que “[...] o direito à saúde, de segunda geração ou dimensão, é denominado direito humano fundamental, sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira Carta Política nacional que formalmente assim declarou, conforme se extrai da leitura dos arts. 6º, 196 e 200.”⁴

Nesse ponto, ao examinar litígio igualmente envolvendo a prestação de saúde pelo particular, destaca-se o registro do Ex. Des. Arthur Narciso Oliveira Neto ao enunciar que “[...] a proteção à saúde não é apenas dever do Estado, estendendo-se como princípio ético, no qual se deve pautar o fornecedor de serviço que está interligado a esse direito fundamental. Desta maneira, incabível a invocação de qualquer norma que limite o direito fundamental à saúde, à integridade física ou mesmo à vida, diante do direito também fundamental e dos demais indissociável, que é o da dignidade da pessoa humana.”⁵

O reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental tem como corolário o dever de assegurar-lhe eficácia plena.

Relevante, ainda, não se olvidar que a lide versa sobre prestação de saúde privada decorrente de contrato de adesão coletivo.

³ ACO 1472- AgR, de relatoria do Exmº Ministro Ricardo Lewandowski.

⁴ In: RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.372 - SP (2019/0091392-9).

⁵ Apelação nº 0147638-73.2016.8.19.0001 – 26ª Câmara Cível – Relator Des. Arthur Narciso Oliveira Neto.

Portanto, tratando-se de relação consumerista entre a autora e a ré, decorrente do contrato destinado à prestação de serviço de assistência à saúde, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, segundo impõe o art. 47 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, visando a resguardar esse que, nos contratos de adesão, é a parte mais vulnerável e hipossuficiente, principalmente quando se trata de salvaguardar a própria vida.

Desde logo deve ser pontuado, *in casu*, que o contrato de prestação do serviço de saúde não exclui a doença da autora, estando esta adimplente no tocante à sua obrigação, cabendo, portanto, à ré, em princípio, o cumprimento do objeto assumido, qual seja, o oferecimento *integral*, e não apenas pela metade, do tratamento necessário, prescrito e cabível à patologia encampada pela avença.

Ancorado nas premissas indicadas, conclui-se que a cláusula limitativa com a imposição de coparticipação correspondente a 50% do valor do tratamento, a ser conferido ao consumidor que se encontra em situação grave, se mostra abusiva. O bem aqui segurado é a saúde humana, sendo inviável a suspensão do tratamento prestado à parte autora.

A redução ou eliminação da responsabilidade da seguradora colocam o segurado em desvantagem exagerada, prejudicando o tão propalado equilíbrio contratual, que também deve ser examinado sob a ótica do consumidor, e viola a boa-fé, princípio informador dos contratos, principalmente diante da necessidade de continuação do tratamento por meio da internação. Por todas as razões expostas, a restrição do tratamento, quando indispensável à manutenção da vida do paciente, ofende frontalmente as normas que emergem dos arts. 51, IV e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor,⁶ e 422⁷ do Código Civil, considerando tratar-se de restrição inerente à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Como já pontuado alhures, a patologia da parte autora não está excluída da cobertura pactuada entre as partes, inexistindo qualquer discussão acerca do tratamento prescrito ou mesmo indicação de outra diretriz disponível, menos onerosa, capaz de apresentar resultado visando à melhora da paciente.

Destarte, na linha das ideias aqui trazidas, e em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecido o direito da parte autora à continuação da internação, prescrita pelo médico assistente, sem a exigência da coparticipação, que, in casu, considerando o estado de vulnerabilidade e

⁶ Artigo 51, § 1º, inciso III, do CDC: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] V - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

a inegável hipossuficiência⁸ da paciente demonstrada nos autos, representa, na prática, verdadeira negativa ao tratamento, configurando, pois, limitação excessiva – 30 dias por ano! – e abusiva porquanto discriminatória à patologia psiquiátrica.

Com efeito, a abusividade da limitação imposta pela ré e, *a fortiori*, a nulidade desta disposição, decorrem das normas insertas no art. 51 do CDC, a seguir transcritas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Se o contrato é de prestação de serviços de saúde, sendo a fornecedora remunerada mensalmente para tanto, nada mais justo que o objeto do contrato abranja, sem limitações abusivas, os eventos que com ele se relacionem e visem a assegurar a saúde do consumidor, nela abarcada a sua qualidade de vida e dignidade.

⁸ O contracheque do marido da paciente, juntado à fl. 16 do anexo 1, fala por si só, já que incabível o custeio de 50% das diárias da internação.

Entender o contrário equivale a que descaracterizar a essência da avença, em detrimento do consumidor.

Não menos importante, o pleito autoral encontra guarida na garantia da máxima efetividade do direito fundamental à saúde (art. 1º, III e art. 5º, §1º, da CF), com alcance nas relações privadas por força da sua eficácia horizontal, amplamente reconhecida na hipótese de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando se trata de relação privada entre um indivíduo em situação evidentemente vulnerável – com transtornos graves e riscos concretos à vida e à integridade física – e o detentor de poder econômico.

A teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais deve ser aplicada de forma tanto mais intensa quanto maior for a situação de desigualdade entre a parte que tem seu direito fundamental violado e o ente privado agente desta violação, não se compreendendo uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade da pessoa não pudesse ser invocado nas relações das pessoas entre si, como leciona Jorge Miranda.⁹

Na mesma linha de ideias, Claudia Lima Marques assegura que *“os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade (típica dos contratos de seguros, que já não mais são, ex vi a nova definição legal como ‘planos’), mas enquanto cooperação com os consumidores, enquanto divisão pragmática-objetiva e não subjetiva de sinistralidade, enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, enquanto possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, enquanto organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco[...]”*.

De há muito, o Excelso Pretório reconhece a força dos direitos fundamentais nas relações privadas, assegurando-lhes eficácia horizontal, *ex vi* do julgado a seguir colacionado, no qual, inclusive, se afastou regra de cunho discriminatório:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DEVIDA POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais benéficos às mulheres, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. 2. Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,

⁹ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. t.4.

com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada. 3. Revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição. 5. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 639138, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-250 DIVULG 15-10-2020 PUBLIC 16-10-2020).

Na mesma toada:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. *EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.* As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.* A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. *O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e*

definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL (sic). ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal (sic). A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006).

É dizer, interpretação integrada do arcabouço normativo pátrio conduz, inexoravelmente, à conclusão de que o contrato de adesão pactuado com o plano de saúde deve ser interpretado da forma mais favorável ao usuário, mitigando a amplitude da autonomia de vontade e o princípio vinculativo do pacto.

André de Carvalho Ramos,¹⁰ apoiado em precedentes da Corte Constitucional, explicita, com maestria, os conceitos que subjazem o dever de se conferir a máxima efetividade ao direito fundamental, a saber:

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, [...]

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, item 6.3.

já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. *Grosso modo*, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo [...], o critério da interpretação *pro homine* é encontrado em várias decisões judiciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Para o Min. Celso de Mello, “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009). Na mesma linha do critério *pro homine*, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprindo o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos (RAMOS, 2013, item 6.3).

Decerto, ao estabelecer que as ações e serviços de saúde, ainda que prestados pela assistência suplementar em âmbito privado, guardam, pela sua própria natureza essencial, evidente relevância pública, a Constituição, no art. 197, conferiu-lhes proteção diferenciada, capaz de conformar a realidade. Assim, sob esse prisma, invoca-se a

Vedação da Proteção Deficiente como mais um fundamento capaz de reforçar a abusividade das cobranças de 50% das diárias de internação psiquiátrica, quando o número de dias ultrapassar o limite de 30 por ano.

Não se pode fugir ao fundado risco de que a imposição de regime de coparticipação para as internações psiquiátricas, quando ultrapassados 30 dias por ano, corridos ou não, na prática, pode representar, em inúmeros casos, verdadeira limitação ao período de cobertura (ainda que de forma indireta), implicando, em última análise, a negativa do direito, o que contraria a finalidade e natureza da assistência à saúde.

O princípio da Proibição da Proteção Deficiente deve ser compreendido sob duplo aspecto: sob um ângulo, impede a revogação de normas cujo conteúdo seja indispensável ao cumprimento das disposições constitucionalmente asseguradas, mormente dentro do núcleo fundamental em relação ao qual não é permitido retrocesso. “Direitos conquistados não podem ser retrocedidos.”¹¹ Por outra vertente, trata de impor a atuação comissiva, com o intuito de conferir efetividade aos direitos assegurados pela Carta Magna, reconhecendo-se o tema relativo à saúde, acolhido pelo sistema constitucional vigente, como direito fundamental e imprescindível à existência digna.

Ressalte-se, em reforço, que a Corte Especial entende que o plano de saúde pode estabelecer quais doenças serão cobertas, mas não o tipo e o tempo do tratamento a ser disponibilizado para a recuperação do paciente, *ex vi* dos julgados a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. RECOMENDAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato. Precedentes.

2. Afigura-se desinfluyente a discussão acerca da aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.656/1998 na hipótese de as cláusulas contratuais serem analisadas em conformidade com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor

¹¹ ADPF 532 MC / DF.

(Precedente: AgRg no AREsp 273.368/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe de 22/03/2013).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 90.117 – SP (2011/0215787-0). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO PARA USO DOMICILIAR. TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO. INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA. CONDUTA ABUSIVA. PRECEDENTES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA TERCEIRA TURMA. PRECEDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO NA QUARTA TURMA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. *De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, “o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Desse modo, entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário.”* (AgInt no REsp 1.453.763/ES, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1º/6/2020, DJe 15/6/2020). 2. Cabe ressaltar o advento de um precedente da Quarta Turma em sentido contrário ao deste voto - REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020 -, conforme apontado pela ora agravante. Entretanto, esse precedente não vem sendo acompanhado pela Terceira Turma, que ratifica o seu entendimento quanto ao caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos. 3. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1730631/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe 15/03/2021).

Este também é o entendimento desse Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. *PLANO DE SAÚDE. AUTOR PORTADOR DE MIELOMENINGOCELE, HIDROCEFALIA E AMPUTAÇÃO TRAUMÁTICA DE MEMBRO INFERIOR DIREITO, NECESSITANDO DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PEDIASUIT,*

TERAPIA OCUPACIONAL E FONOAUDIOLOGIA COM PEDIASUIT, E AINDA DE PSICOEDUCACÃO, COM APOIO DE PRÓTESE TRANSTIBIAL COM COXAL, ÓRTESE SUROPODÁLICA FIXA EM PÉ ESQUERDO, POR TEMPO INDETERMINADO E EM CARÁTER DE URGÊNCIA, A FIM DE OTIMIZAR OS GANHOS MOTORES E COGNITIVOS PREJUDICADOS PELA FALTA DE ATENDIMENTO ESPECIALIZADO COM EQUIPE MULTIDISCIPLINAR E AINDA DE EVITAR FUTURAS CIRURGIAS ORTOPÉDICAS. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA DETERMINAR QUE A RÉ CUSTEIE O TRATAMENTO E FORNEÇA A PRÓTESE/ÓRTESE NO PRAZO DE 24 HORAS. RECUSA EM CUSTEAR O TRATAMENTO, SOB O ARGUMENTO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL E DE QUE NÃO TEM COBERTURA OBRIGATÓRIA PELA ANS, INSURGINDO-SE A RÉ AINDA EM FACE DO PRAZO DE 24 HORAS PARA FORNECIMENTO DA PRÓTESE, CONSIDERANDO A NECESSIDADE DE COLHER MEDIDAS DO AUTOR. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI E À PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59 DESTES TRIBUNAL. PRESCRIÇÃO MÉDICA QUE COMPROVA A NECESSIDADE DO TRATAMENTO. ENTENDIMENTO DO STJ NO SENTIDO DE QUE SE EXISTE COBERTURA PARA A DOENÇA, NÃO SE PODE COGITAR DA EXCLUSÃO DE MECANISMOS ELEITOS PELOS MÉDICOS PARA O SUCESSO DO TRATAMENTO. PRAZO DE 24 HORAS PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO QUE SE MOSTRA ADEQUADO, CONSIDERANDO A URGÊNCIA QUE O CASO REQUER, À EXCEÇÃO DO PRAZO PARA FORNECIMENTO DA PRÓTESE, QUE DEVE SER EXTENDIDO PARA DEZ DIAS ÚTEIS. MULTA ARBITRADA NO VALOR DE R\$500,00 QUE SE ENCONTRA ADEQUADA. PRECEDENTES. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE PROVA DOS AUTOS (SÚMULA Nº 59 DESTES TRIBUNAL). PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

(0021370-06.2018.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. SANDRA SANTARÉM CARDINALI – Julgamento: 14/06/2018 – VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL).

Na esteira dos julgados mencionados, remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desse Egrégio Tribunal vem reconhecendo a abusividade das cláusulas que limitam a extensão do tratamento que fixa número máximo de sessões dos múltiplos tratamentos prescritos para pacientes com Transtorno de Espectro Autista e outras tantas patologias. Apenas como um exemplo, eis a decisão proferida pelo Ex. Min. Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE, após a fixação da tese em comento:

[...] Dos excertos acima transcritos, constata-se que a Corte originária entendeu que, prevendo a operadora do plano de saúde a cobertura de determinado tratamento médico, mostra-se abusiva a cláusula contratual que limita o número de sessões e/ou internação utilizadas pelo contratante. Analisados os termos do acórdão recorrido, verifica-se estar o *decisum* em sintonia com a jurisprudência vigente no Superior Tribunal de Justiça, a qual admite que o contrato de plano de saúde possa conter cláusulas limitativas dos direitos do segurado, desde que tais disposições sejam redigidas de forma clara, permitindo a imediata e fácil compreensão por parte do consumidor. Segundo o entendimento jurisprudencial firmado neste Tribunal, a operadora pode, inclusive, limitar as doenças abarcadas pelo contrato, mas não o tratamento a ser aplicado, *pois a limitação prevista no contrato não pode acarretar a excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico, do procedimento cirúrgico coberto ou da internação hospitalar.* (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1912262 – SP).

Na mesma linha de cognição:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE PROCEDIMENTO RECOMENDADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. O Tribunal de origem, no caso concreto, entendeu pela ocorrência de danos morais, de modo que a tese defendida no recurso especial demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula nº 7/STJ. 3. O contrato de plano de saúde pode limitar as doenças a serem cobertas, não lhe sendo permitido, ao contrário, delimitar os procedimentos, exames e técnicas necessárias ao tratamento da enfermidade constante da cobertura. Precedentes. Súmula nº 83/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1064329/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 18/09/2018).

Traz-se, ainda, excerto do voto de S. Ex^a, relator no referido julgado, quando da decisão monocrática proferida no RESp em comento:

[...] Assim, ante a expressa indicação médica, com concordância da família do paciente, apesar de dúvidas quanto a eficácia científica dos tratamentos, *a exclusão de cobertura e limitação de sessões entre mostram-se abusivas, uma vez que contrárias ao objeto do próprio contrato, sendo a cláusula limitativa nula, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, em observância aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, não há mesmo que se falar em exclusão ou limitação de cobertura, pois a negativa do procedimento em discussão equivaleria a negar o direito do autor a uma vida com dignidade e desenvolvimento de sua comunicação e de habilidades adaptativas e sociais.*

Ao final, a Corte Especial reconheceu a abusividade das cláusulas contratuais que limitavam o número de tratamento a ser realizado pelo segurado.

Na trilha da fundamentação referida, não se divisa distinção entre a hipótese em comento e o tratamento para o Transtorno de Espectro Autista apta a justificar o reconhecimento da abusividade da limitação de sessão de tratamento para um diagnóstico, em princípio, igualmente permanente, sem notícia de cura, afastando-o, no tocante à internação, para as doenças e transtornos psiquiátricos.

Por outro lado, em nome da transparência e lealdade que devem orientar a atuação nas demandas judiciais, também não se pode ignorar a decisão proferida pela Colenda Quarta Turma da Corte Especial - REsp nº 1.848.372 – SP, na qual se concluiu pela legalidade da contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo, proibindo expressamente *a coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento apenas nos casos de internação, desde que “não tenham relação com a saúde mental, devendo, no lugar, ser os valores prefixados”* (REsp 1566062/RS, relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 1/7/2016).

A decisão em comento, entre outros argumentos, invoca a Resolução Consu n. 8/1998, do Conselho de Saúde Suplementar, na qual, no art. 2º e incisos, se encontra vedado: *“[...] VII - estabelecer co-participação (sic) ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços; VIII - estabelecer em casos de internação, fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental.”*

Com o mesmo espírito de transparência, importante mencionar a recente decisão proferida pela Corte Especial, na mesma linha anterior, a qual contém tratamento distinto para as internações em geral em relação àquelas decorrentes de incidentes atrelados à saúde mental:

PLANO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. PREVISÃO DE COPARTICIPAÇÃO, LIMITADA, EM TODAS AS HIPÓTESES, NO

MÁXIMO, A 50% DO VALOR DA CONSULTA OU SESSÃO DE FISIOTERAPIA. POSSIBILIDADE, POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DO CONSU. FATOR RESTRITOR SEVERO AO ACESSO AOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA. TESE DE ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. DESCABIMENTO. MECANISMO DE REGULAÇÃO LÍCITO, QUE PROPICIA, EM CONTRAPARTIDA, A REDUÇÃO DA MENSALIDADE A SER PAGA PELO USUÁRIO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA DO STJ.

1. Consoante adverte a doutrina especializada, a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, os quais terão de ser suportados pelos próprios consumidores, cabendo ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria, sopesando os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas.

2. A coparticipação é o valor ou percentual pago pelo consumidor à operadora em razão da realização de um procedimento ou evento em saúde. Já a franquia é o valor estabelecido no contrato de plano de saúde, até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura, quer nos casos de reembolso, quer no pagamento à rede credenciada, referenciada ou cooperada.

3. O art. 16, VIII, da Lei n. 9.656/1998, consagrando o “mecanismo de regulação”, prevê que dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação (sic) do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica. Com efeito, a Resolução Consu n. 8/1998, regulamentando o mencionado dispositivo legal, estabelece, no art. 2º e incisos, que, para adoção de práticas referentes à regulação de demanda da utilização dos serviços de saúde, estão vedados [...]: IV - estabelecer mecanismos de regulação diferenciados, por usuários, faixas etárias, graus de parentesco ou outras estratificações dentro de um mesmo plano; V - utilizar mecanismos de regulação, tais como autorizações prévias, que impeçam ou dificultem o atendimento em situações caracterizadas como de urgência ou emergência; [...] VII - estabelecer co-participação (sic) ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços; VIII - estabelecer em

casos de internação, fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental.

4. A coparticipação, na linha da própria causa de pedir da ação, incide apenas para consultas e sessões fisioterápicas que excedam aos respectivos limites de 5 e 10 sessões, não suplantando, em nenhuma hipótese, o percentual de 50% da tabela do plano de saúde; isto é, não caracteriza financiamento integral do procedimento por parte do usuário nem fator restritor severo ao acesso aos serviços vedados pela norma infralegal.

5. A possibilidade de inclusão nos contratos de planos de saúde de mecanismos financeiros de regulação, como forma de estímulo ao uso racional dos serviços de assistência à saúde, é salutar, pois podem beneficiar tanto consumidores, com mensalidades mais módicas, quanto operadoras, no sentido do uso consciente pela participação direta no pagamento dos serviços, a par de colaborar para o equilíbrio econômico-financeiro, reduzindo o desperdício e até a fraude.

6. Não há falar em ilegalidade na contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo, até mesmo porque percentual de co-participação (sic) do consumidor ou beneficiário (art. 16, VIII, da Lei n. 9.656/1998) é expressão da lei. *A coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento é proibida apenas nos casos de internação, e somente para os eventos que não tenham relação com a saúde mental, devendo, no lugar, ser os valores prefixados.* (REsp 1566062/RS, relator Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 1/7/2016).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1848372/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 11/03/2021).

Ocorre que, embora a citada Resolução Consu 08/98, em seu art. 2º, inciso VIII, realmente vede o estabelecimento do fator moderador¹² em forma de percentual por evento apenas para as internações em geral, mas permitindo para aquelas decorrentes de saúde mental, também prevê, no mesmo artigo, no inciso antecedente (VII), que *é proibido o estabelecimento de coparticipação que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário ou fator restritor severo ao acesso aos serviços.*

¹² A coparticipação é uma das formas de se fixar o fator moderador, também chamado de “regulação financeira”.

Nesse contexto, constata-se que a exigência de coparticipação de 50% das diárias de internação, quando esta ultrapassar o limite de *30 dias, por ano (!)*¹³, seguidos ou não, apenas porque esta decorre de origem psiquiátrica, ainda que admitida pelo Conselho de Saúde Suplementar, parece, *data maxima venia* das respeitadas conclusões em contrário, despida de razoabilidade, configurando interpretação em detrimento da parte mais vulnerável do contrato, inclusive, porque representa severa restrição ao acesso ao serviço em questão, expressamente proibido.

Mas não é só!

A distinção discriminatória no tocante à cobrança de coparticipação por meio de percentual apenas para a internação psiquiátrica, a um só tempo, viola os art. 1º, III, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XLI, §§ 1º e 6º da Constituição de 1988, os quais buscam assegurar o princípio da igualdade em seu duplo aspecto: formal e material, um dos pilares de uma sociedade justa e solidária.

Na esteira do julgado colacionado, a isonomia assegurada nos dispositivos constitucionais enunciados exige tratamento equitativo a todos os contratantes que tenham celebrado igual ajuste, sendo vedada a incidência de regras mais restritivas para as internações oriundas de patologias psiquiátricas, por força da incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos privados de saúde.

Pautado pela mesma diretriz, renovadas as vênias devidas, o tratamento discriminatório da doença mental viola o dever de acesso igualitário à internação por usuários que contribuem com a mesma contrapartida, incluídos na mesma modalidade dos planos comercializados no mercado, importando em inobservância dos art. 51, inciso IV e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor. É dizer, um paciente com patologia incurável que necessite de diversas e longas internações, pelo contrato em exame nestes autos, não está sujeito ao mesmo rigor.

É verdade que a operadora do plano de saúde exerce sua atividade com foco na obtenção de lucro, fato que é inerente ao seu mister, e nisso não reside qualquer ilegalidade ou imoralidade. Não é menos verdade que o ato negocial, no âmbito da saúde suplementar, se pauta pelo equilíbrio econômico-financeiro, orientado pela regra do mutualismo, sendo legalmente prevista a possibilidade de franquia ou percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, *desde que não seja abusiva* (art. 16, inciso VIII, da Lei 9.656/98) a ponto de desconfigurar a natureza do contrato de saúde e implicar a negativa de tratamento e venha atrelado à *clara informação do percentual desse compartilhamento, nos termos dos arts. 6º, inciso III e 54, §§ 3º e 4º da Lei 8.078/90*.

Assim, eventual sobrecarga nos custos decorrentes das internações psiquiátricas deve ser diluída por todos os usuários do plano que estejam na mesma categoria, de forma a não incorrer em vedada discriminação, descaracterizando o tão propalado

¹³ O consumidor somente tem direito ao custeio integral de 30 dias por ano, seguidos ou não.

mutualismo, assim definido: “*um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente*”. (CESCHIN, Maurício. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2014, p. 122).¹⁴

Fica a dúvida sobre a razão do plano de saúde ao escolher a internação psiquiátrica como o “bode expiatório” causador do desequilíbrio financeiro dos contratos, quando há outras patologias igualmente incuráveis que necessitam de tratamento contínuo.

Efetivamente, a coparticipação examinada neste recurso, cujo usuário é pessoa, sem dúvida, hipossuficiente, configura, na prática, verdadeira barreira de utilização do tratamento preconizado pelo médico assistente, cujo diagnóstico não foi contestado, o qual deve prevalecer, na esteira do entendimento pacífico dos tribunais pátrios.

Nesse passo, merece destaque o registro do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, na qualidade de *amicus curiae*, ao pontuar que “*a legislação prevê a possibilidade de contratos de planos de saúde com cláusula coparticipação, como se depreende da leitura do art. 16, VIII, da Lei n. 2 9.656, de 1998. 33. Ainda assim, a coparticipação não pode onerar excessivamente o consumidor, sob pena de desconfigurar a natureza dos contratos de plano de saúde e implicar negativa de tratamento; tampouco pode constar em contrato sem a devida clareza e destaque, nos termos do art. 54, § 4º, do CDC, por se tratar de limitação de direitos*.”¹⁵

Assim, fundamental que a questão seja novamente levada à Corte Constitucional para exame que se havia iniciado no bojo da ADPF 532/DF, a qual questionava a Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018, que atualizava as regras para a aplicação da coparticipação e franquia em planos de saúde e permitia às operadoras cobrar dos clientes até 40% do valor de cada procedimento realizado e 60% em planos empresariais. Ao analisar o pedido, a Ex.^{ma} Ministra Cármen Lúcia determinou a suspensão do ato normativo, enfatizando que “*saúde não é mercadoria*”, “*vida não é negócio*”, “*dignidade não é lucro*”,¹⁶ e destacando a necessidade de discussão de matérias que envolvam direitos fundamentais, como é o caso da saúde, em esfera legislativa própria, com os devidos debates e transparência, e não por uma norma criada “em espaço administrativo restrito, com parca discussão e clareza”.

A resolução em questão, porém, foi posteriormente revogada e tornada sem efeito, por meio de deliberação proferida na 490ª Reunião Ordinária da ANS, ocorrida em 30/07/2018, ensejando a perda de objeto da ADPF referida, consoante decisão monocrática do Ex.^{mo} Ministro Celso de Mello.

¹⁴ Excerto constante de fl. 50 do voto do Exmº Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO no REsp 1848372/SP, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 11/03/2021.

¹⁵ Excerto extraído da manifestação lançada no REsp 1848372/SP.

¹⁶ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532- DF.

Não obstante as considerações aqui pontuadas, como já anunciado anteriormente, não se desconhece o conteúdo do Tema nº 1.032 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, *“nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.”*

Igualmente, não se ignora que a decisão prolatada pela Colenda Corte Especial, inclusive com apreciação dos Embargos de Declaração, é fruto de aprofundado debate no curso da tramitação dos recursos após a afetação ao regime repetitivo. No entanto, não obstante os alentados votos proferidos por SS. Ex.^{as}, permanece a dúvida quanto à razão da distinção entre o reconhecimento da legalidade para a coparticipação decorrente da internação proveniente de patologias psiquiátricas e a abusividade em relação à limitação das internações e dos tratamentos para todas as demais doenças, como há muito já pontuado no enunciado da Súmula 302 dessa Egrégia Corte, ao dispor que *“é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”* (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425).

Argumenta-se, no voto do eminente Ministro Relator do recurso afetado em sede de repetitivo, que, entre outras razões, *“a imposição de coparticipação tem o efeito pedagógico e moral de influenciar na minimização do uso abusivo ou desnecessário da internação psiquiátrica por período prolongado.”*¹⁷

É verdade que a reforma psiquiátrica preconiza a adoção de política de desinstitucionalização por meio da ênfase aos tratamentos multidisciplinares e ambulatoriais, reservando a internação, como diz a própria Lei 10.216/2001, em seu art. 4º, à hipótese excepcional de insuficiência dos recursos extra-hospitalares. Por força do mencionado ato normativo, a internação psiquiátrica involuntária, diferentemente de qualquer outra, já é submetida a controle rígido, considerando que a sua ocorrência deve ser comunicada, no prazo de 72h, ao Ministério Público, o mesmo ocorrendo no momento da alta (art. 8º, §1º).

A toda evidência, a luta da política antimanicomial nunca se destinou a reasssegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pactuados com as operadoras de saúde, embora possa por elas ser legitimamente perseguido dentro do fim lucrativo a que se destinam.

Nesse diapasão, renovadas as vênias devidas, não parece razoável o uso da coparticipação de 50% do valor apenas para as internações psiquiátricas como uma ferramenta para prevenção genérica destinada a sustar possível falha de todo o sistema fiscalizatório, inviabilizando, muitas vezes, a continuidade de tratamento imprescindível à salvaguarda da própria vida do paciente, principalmente porque o objetivo para o

¹⁷ Excerto extraído do voto do Ex.mo Min Relator nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.486 - SP (2019/0106488-1).

emprego de tal mecanismo pode ser alcançado por outro caminho sem os riscos que ele pode acarretar. Para eventual hipótese de escape à fiscalização, pode e deve o plano, quando identificar equívoco ou excesso na internação involuntária, comunicar o descabimento aos diversos órgãos de controle, inclusive ao Ministério Público.

É dizer, a excepcionalidade da internação psiquiátrica, por si só, já representa suficiente filtro a inibir indevida e nefasta institucionalização, que vem sendo enfrentada diuturnamente pelo Ministério Público com ações exitosas junto à Administração Pública e ao Poder Judiciário, voltadas à desinstitucionalização de pacientes internados em verdadeiras unidades asilares públicas e privadas.¹⁸ Portanto, diante do especial controle que já recai sobre as internações psiquiátricas, nem mesmo o alegado benefício do risco moral – *Moral Hazard*, invocado pelas operadoras e seguradoras de saúde, guardaria proporcionalidade diante dos riscos à vida do próprio paciente com a interrupção do tratamento diante da impossibilidade de custeio de expressivo valor.

No ponto, fica a pergunta quanto ao instrumento a ser usado como “efeito pedagógico e moral” para se minimizar eventuais excessos na prolongação de internação involuntária quando se der em unidade pública de saúde.

Pois bem, a coparticipação para internações com a cobrança de 50% das diárias que excederem o limite de 30 por ano sobrecarregará, sem dúvida, o sistema público de saúde, para o qual serão direcionados os pacientes hipossuficientes que já esgotaram o limite anual. E, quando inexistir vaga disponível, como ocorre por vezes, será o Poder Judiciário chamado a assegurar um leito em unidade privada, a expensas do Poder Público, mas com alívio para a empresa seguradora.

Até porque, no caso concreto, diante da gravidade do quadro atestado pela médica e da incapacidade financeira do marido da paciente¹⁹ para o custeio do valor correspondente à coparticipação, não há outra saída a não ser a imediata transferência para um leito público, sob pena de colocar-se em risco a própria vida da paciente, que apresenta diversos episódios de tentativa de suicídio e automutilação, como claramente alertado no laudo anexado à fl. 17 do anexo.

E vai além!

Na doença psiquiátrica, pelos próprios comprometimentos a ela inerentes, o sucesso do tratamento pressupõe o estreitamento do vínculo de confiança paciente-profissional de saúde, podendo ser desastrosa a suspensão abrupta, ainda que se obtenha a transferência para uma outra unidade, por óbvio, com diferentes profissionais.

Na linha das ideias aqui esposadas, observada sempre a máxima vênia, a cobrança da coparticipação para internação psiquiátrica que se estende para além

¹⁸ No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, é possível afirmar que grande parte das internações psiquiátricas de longa permanência foram extintas com o encaminhamento dos pacientes para residências terapêuticas ou inseridos no âmbito familiar.

¹⁹ Trata-se de afirmação constante da petição inicial, que veio acompanhada do contracheque (fl. 22 do doc. 16 do anexo 1) do representante da paciente, capaz de, por ora, corroborar a assertiva, considerando o salário como técnico de radiologia.

do 30º dia mostra-se abusiva, sendo nula, nos termos do art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Ultrapassados os argumentos elencados, impõe-se a análise específica da alegação apresentada no agravo interno, ao se pleitear a exclusão da incidência da tese fixada no Tema nº 1.032 do STJ, a qual fundamentou o indeferimento da tutela antecipada recursal pretendendo verdadeiro *distinguishing*.

03 - Da previsão contratual de cláusula de coparticipação em internação psiquiátrica a partir do 31º dia da internação – Tema nº 1.032 do STJ

Sustenta a parte autora que o caso em tela não atrai a incidência da recente tese fixada pela Corte Superior no Tema nº 1.032, uma vez que seu marido e representante apenas teve conhecimento da necessidade de coparticipação quando da cobrança realizada após o 30º dia de internação da agravante.

É dizer, pretende a recorrente fazer a distinção (*distinguishing*), cuja aplicação decorre da observância do comando, *a contrario sensu*, inserto no art. 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil.

A autora possui atualmente 44 anos (doc. 000016 do Anexo 1), e, de acordo com o laudo médico inserto no doc. 000016, fl. 24 do Anexo 1, encontra-se internada desde 25/06/2021, na Clínica da Gávea, com o quadro de “humor deprimido, desânimo, angústia, comportamento impulsivo, diversas tentativas de suicídio, uso abusivo de álcool, colocando-se em situação de risco. Durante a internação, mantém comportamento impulsivo com episódios de automutilação, baixa tolerância à frustração e fissura ao álcool. Necessita manter a internação para se manter em segurança e no momento não há previsão de alta”.

Contudo, em que pese a gravidade do quadro clínico da parte autora, ora agravante, não se desconhece que o contrato do plano de saúde coletivo celebrado entre o empregador do marido desta e a operadora, ora agravada, juntado aos autos principais (doc. 0000150 dos autos originários), possui cláusulas que preveem a coparticipação do segurado, nas hipóteses de internação psiquiátrica, a partir do 31º dia de internação, como se observa a seguir:

2.9. Coparticipação

É a participação na despesa assistencial a ser paga pelo Estipulante diretamente à Seguradora, após a realização do procedimento.

Os valores e/ou percentuais serão estipulados no ato da contratação e estarão determinados na Proposta de Seguro e ratificados em Condição Particular, partes integrantes deste contrato.

Caso haja coparticipação em internações, esta será fixada em valor por evento. Para internação não haverá coparticipação em percentual, ressalvados os casos de saúde mental, conforme previsto no subitem 3.1.3.2.

3.1.3 Psiquiatria

3.1.3.1. Fica assegurada a cobertura hospitalar psiquiátrica descrita nas alíneas "a" e "b" adiante, em número ilimitado de dias:

- a) internação em hospital psiquiátrico, em unidade de terapia ou em enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos; e
- b) internação em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos que apresente quadro de intoxicação ou abstinência provocada por alcoolismo ou outras formas de dependência química, por isso necessitando de hospitalização.

3.1.3.2. A partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de internação, haverá coparticipação do segurado, na forma de percentual, sobre o valor das despesas médicas e hospitalares, dentro de um mesmo período anual de vigência do seguro.

3.1.3.2.1.1. O percentual de coparticipação equivalerá ao máximo admitido por norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que estiver vigente à época da contratação do seguro e, na ausência do percentual máximo, a participação será de 50% (cinquenta por cento).

No entanto, com base na leitura da cláusula 2.9, o valor e o percentual referentes à coparticipação deverão ser ratificados em Condição Particular, fato reiterado no item 24 da proposta (fl. 214 do doc. 210 dos autos originais). O contrato colacionado pela empresa ré não veio acompanhado do referido termo, cuja finalidade é exatamente dar prévia ciência aos usuários das exceções que não admitem cobertura e tenham sido expressamente ajustadas de forma completa, e não apenas parcialmente, como no caso em comento.

Trata-se de ciência que é essencial quando a hipótese é de contrato de adesão na modalidade coletiva, celebrado pelo empregador do consumidor, por força do que impõe o § 4º, do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, não é por outra razão que a tese fixada no Tema 1.032 exige que a cláusula de coparticipação seja expressamente ajustada e *informada* ao consumidor, *dever* este cujo cumprimento, *ao menos até o momento*, não se encontra demonstrado pela ré, como alegado pela autora.

2.9. Coparticipação

É a participação na despesa assistencial a ser paga pelo Estipulante diretamente à Seguradora, após a realização do procedimento.

Os valores e/ou percentuais serão estipulados no ato da contratação e estarão determinados na Proposta de Seguro e ratificados em Condição Particular, partes integrantes deste contrato.

Caso haja coparticipação em internações, esta será fixada em valor por evento. Para internação não haverá coparticipação em percentual, ressalvados os casos de saúde mental, conforme previsto no subitem 3.1.3.2.

Os valores ou percentuais referentes à coparticipação estarão de acordo com o normativo editado pela ANS vigente a época da contratação. Os valores em reais serão reajustados na forma e periodicidade previstas nas Cláusulas 15 (Da Apuração do Percentual Único

no Único

Tratando-se a coparticipação de regra restritiva, consoante regra de hermenêutica, sua aplicação deve observar o preenchimento integral dos requisitos previstos no próprio contrato na cláusula 2.9 e na tese fixada no Tema 1.032 do STJ.

O consumidor possui o direito básico à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, nos termos do art. 6º, III do CDC, o que, adaptando-se ao caso em tela, significaria ser informado das restrições severas para as internações psiquiátricas.

Em reforço, a própria Resolução Consu 08/98, mencionada no Acórdão oriundo do julgamento do REsp 1848372/SP, cuja ementa foi anteriormente transcrita, no qual se examinou o instituto da regulação financeira por meio da coparticipação, estabelece o dever de informação prévia e clara, determinando que:

Art. 4º As operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, quando da utilização de mecanismos de regulação, deverão atender às seguintes exigências:

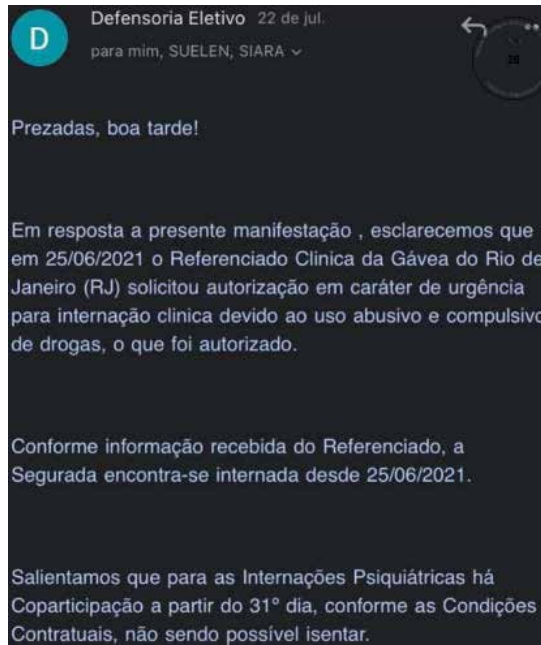
I - informar clara e previamente ao consumidor, no material publicitário do plano ou seguro, no instrumento de contrato e no livro ou indicador de serviços da rede:

a) os mecanismos de regulação adotados, especialmente os relativos a fatores moderadores ou de co-participação (sic) e de todas as condições para sua utilização;

Nesse diapasão, a mensagem relativa à incidência da coparticipação, inserta no doc. 0000017, (fl. 26 dos autos originários), encaminhada durante a vigência do contrato, quando a paciente já se encontrava internada, *não atende às exigências aqui apontadas.*

A paciente foi internada no dia 25/06/2021, e a mensagem invocada pela agravada, como se vê na imagem, foi encaminhada no dia 22/07/2021.

Caberia à ré, ora agravada, trazer aos autos os documentos apontados, capazes de atestar o cumprimento das exigências previstas para a cobrança da coparticipação, o que não se viu até o momento.



Desta forma, em sede de cognição sumária, considerando que o “ponto de partida do CDC” é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor como mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material, e diante da ausência de cumprimento dos requisitos impostos pela regra fixada no próprio instrumento do contrato e no Tema 1.032 do STJ, vislumbra-se a plausibilidade do direito alegado pela agravante, recomendando-se, *por ora*, a concessão da tutela provisória de urgência, consoante a presença dos requisitos previstos no art. 300 do Diploma Processual Civil.

A plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados na inicial e nas razões recursais, pautada em fundamentos constitucionais e legais sensíveis à densificação desse direito, recomenda, neste primeiro momento, a concessão da medida vindicada.

Por certo, o indeferimento da tutela provisória, no caso concreto, implicará prejuízo e risco à vida da paciente com fundado comprometimento do resultado útil do processo.

É dizer, na concessão da medida de urgência, os efeitos desta têm como objetivo redistribuir o ônus temporal do processo entre as partes, em razão da demora na prestação da tutela jurisdicional.

Segundo a doutrina de Teori Albino Zavascki:

Todavia, como é fácil de perceber, a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Entre o pedido e a entrega efetiva – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá necessariamente um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários. Ora, essa circunstância, ineliminável da liturgia da tutela ordinária, tem relevantes conseqüências (sic) práticas. Em primeiro lugar, impõe ao autor, que se afirma titular do direito, o inconveniente de não poder dispor desse direito desde logo, já que deve aguardar o lapso temporal em que se desenvolve o processo para sua certificação. Essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, mormente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave. É o caso, por exemplo, do direito à prestação alimentícia a quem dela necessita. Por outro lado, é possível que, nesse mesmo lapso temporal, ocorram fatos que ponham em risco a execução da futura sentença confirmatória do direito, como ocorre, por exemplo, se, no desenrolar do processo de conhecimento, o réu aliena furtivamente seus bens penhoráveis ou dilapida o bem reivindicado pelo autor. Em casos tais, insuficientes que são os mecanismos ordinários da prestação da tutela, faz-se mister, para que não fique comprometida a eficácia da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a adoção de medidas acautelatórias [...]. (ZAVASCKI, 2007, p. 26).²⁰

Demais disso, não há que se falar em perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, considerando a possível cobrança dos custos na hipótese de eventual improcedência do pedido.

04 - Da cláusula 2.9 – coparticipação a ser paga após o tratamento à seguradora

Caso venham a ser ultrapassadas todas as questões expostas, admitindo-se a não abusividade da coparticipação, constata-se que é dever do plano de saúde assegurar todo o tratamento e, somente após, pelos meios legais de cobrança previstos no ordenamento jurídico, buscar o recebimento do valor correspondente à coparticipação.

05 - Do prequestionamento

Por derradeiro, para fim de prequestionamento, o Ministério Público ressalta que a manutenção da decisão combatida importa em violação às normas constantes

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

dos arts. 1º, III, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XLI, §§ 1º, 6º e 197, todos da Constituição da República e 6º, III, 47, 51, *caput* e inciso IV, § 1º, incisos II e III; 54, § 4º, estes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Em face do exposto, *opina o Ministério Público pelo conhecimento e provimento do recurso com a concessão da tutela de urgência para afastar a cobrança da coparticipação*. Ultrapassada a questão, subsidiariamente, manifesta-se pelo deferimento, em parte, da medida, garantindo, assim, a continuidade do tratamento pela autora, na clínica onde se encontra internada, vedando a cobrança da coparticipação antes do encerramento da internação, nos termos da regra prevista na cláusula 2.9 do instrumento contratual.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2021.

CLAUDIA PERLINGEIRO

Procuradora de Justiça

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Processo: 2015.00871345

Origem: 3ª PJTC Defesa do Consumidor e Contribuinte Capital

Consumidor. Inquérito Civil instaurado com o objetivo de apurar a recusa na concessão do cartão de crédito CELEBRE, que é disponibilizado pela sociedade empresária LEROY MERLIN COMPANHIA BRASILEIRA DE BRICOLAGEM para compras em suas lojas, sem que fosse informado ao cliente e solicitante, XXX, de forma clara e de fácil compreensão, quais teriam sido os critérios objetivos utilizados na análise dos ricos de crédito pela administradora BANCO LOSANGO S/S- BANCO MÚLTIPLO. Intervenção do interessado com base no direito genérico de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, "a" CR e no artigo 9º, § 2º da Lei nº 7347/1985. Possibilidade. Questão de relevante interesse institucional que autoriza o julgamento pelo Plenário, na forma do disposto no artigo 27-A, § 1º, I do Regimento Interno desse colegiado. Utilização de cartões de fidelização das lojas que constitui instrumento largamente empregado pela sociedade em face de sua reconhecida praticidade e utilidade em razão das vantagens daí advindas. Avaliação do risco de concessão de crédito mediante emprego do sistema *credit scoring*, método desenvolvido a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). Existência de inúmeras reclamações em sítios eletrônicos e de ações individuais onde se busca a informação adequada em face das financeiras que adotam tal sistema. Fato que resvala nos interesses de um considerável contingente de consumidores cariocas e fluminenses produzindo repercussões sociais que desafiam, de forma subjacente, a tutela da economia popular. Relevância social. Defesa dos consumidores que foi consagrada como princípio fundamental da atividade econômica (artigo 170, V, CR). Interesses individuais homogêneos. Legitimidade do Ministério Público para promover a ação coletiva de consumo. Inteligência dos artigos 129, IX CR, e 82, I c/c o artigo 81, parágrafo único do CDC. Precedentes do STJ. Informação inadequada sobre serviço posto à disposição do público. Deficiência na prestação do serviço. Vulneração dos artigos 6º, III, 14, *caput*, 43, *caput*, e §1º, todos do CDC, e 3º, *caput*, §§1º e 2º, I/IV da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo). Princípio da Efetiva Prevenção e Reparação dos Danos Patrimoniais e Morais

esculpido nos artigos 6º, VI e VII, 83 e 84, *caput*, e §§ 1º/5º, todos do CDC. *Promoção de arquivamento*. Entendimento de ausência de legitimidade do *Parquet* que não guarda relação com o caso concreto. A disponibilidade dos interesses tutelados pela via das ações individuais, não exclui a legitimidade do Ministério Público para demandar coletivamente quando esses interesses assumem relevância social. Arquivamento que se afigura prematuro. Necessidade de melhor apuração dos fatos, devendo o membro do *Parquet* envidar esforços no sentido de que a investigada LOSANGO preste aos consumidores – quando por estes instada – as informações sobre os critérios utilizados para a não concessão dos serviços postos à disposição do público de forma clara e transparente, nos termos da legislação de regência. *NÃO HOMOLOGAÇÃO DA PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO*. Autos que devem retornar para que outro membro do Ministério Público lhe dê prosseguimento, na forma do disposto no artigo 19, § 1º, II da Resolução 1769/2012.

Cuida-se de Inquérito Civil instaurado com vistas a apurar a recusa na concessão do cartão de crédito CELEBRE, que é disponibilizado pela sociedade empresária LEROY MERLIN COMPANHIA BRASILEIRA DE BRICOLAGEM para compras em suas lojas, sem que fosse informado ao cliente e solicitante, XXX, de forma clara e de fácil compreensão, quais teriam sido os critérios objetivos utilizados na análise dos rcos de crédito pela administradora BANCO LOSANGO S/S- BANCO MÚLTIPLO.

Portaria de instauração do IC à fls. 02-A/02-C, delimitando o objeto da inquisa nos seguintes termos: Losango - Leroy Merlin - Negativa de crédito sem justificativa - Violação ao dever de informação - Publicidade enganosa - Prática abusiva.

Às fls. 02/03 encontra-se o ofício da Coordenação do CAO Consumidor, dirigido à Secretaria das PJTC de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, solicitando a apuração dos fatos narrados na representação formulada pelo cliente XXX.

Segundo o noticiante, ele se dirigiu à loja da LEROY MERLIN no Cachambi onde adquiriu algumas mercadorias, oportunidade em que lhe foi informado que, caso fosse titular de um cartão denominado CELEBRE, que é oferecido pela LOSANGO num estande dentro da loja, poderia obter um desconto de cinco por cento. Após fornecer os dados pessoais que lhe foram exigidos, recebeu a comunicação de que a emissão do cartão fora recusada, sendo certo que, ao indagar sobre o motivo do rechaço, obteve a informação de que se tratava de uma política interna da empresa.

Narra, ainda, que, por volta das 14:35h do dia 25/07/2015, entrou em contato telefônico com a LOSANGO - que gerou o protocolo nº 00177301498 - e obteve idêntica resposta: que a recusa se deu em razão da política de crédito da empresa.

A representação veio instruída com cópias dos dados extraídos dos sites Reclame Aqui e Consumidor.gov.br, contendo reclamações de consumidores sobre situação idêntica a retratada na representação, entre outras, todas envolvendo a empresa e a instituição financeira citadas (fls. 04/11); e com jurisprudência do STJ em abono à tese do representante (fls. 12/13).

Ofício do PROCON-RJ informando a existência de trezentos e dezoito atendimentos envolvendo a LOSANGO no período compreendido entre janeiro de 2014 e setembro de 2015 (fls. 24/28).

Às fls. 31/32 encontra-se o Relatório de Missão GAP realizado em 08/09/2015 atestando o seguinte: que os agentes se dirigiram à loja da LEROY MERLIN situada no Cachambi, onde, após percorrer todo o estabelecimento, não encontraram qualquer propaganda ostensiva sobre eventual desconto de cinco por cento através da aquisição do cartão CELEBRE; que avistaram “banners” e ouviram através do sistema de som ambiente informações sobre as vantagens de comprar com o referido cartão, tais como, parcelamento em vinte e quatro vezes e ofertas e benefícios exclusivos; que estiveram no estande da LOSANGO onde foram atendidos por ROBERTA a qual lhes confirmou sobre o referido desconto na aquisição do cartão; que, realizado o procedimento de praxe, a atendente comunicou que o pedido do agente foi negado de acordo com a política de crédito da financeira; que, instada a ser mais precisa, respondeu que isso se dava em razão do CPF do solicitante se encontrar com a pontuação baixa; que todo pagamento que estiver vinculado ao CPF, como contas, carnês, financiamentos, se pagos em dia ou não, são considerados para efeitos de pontuação.

Instruíram o relatório os fotogramas de fls. 33/34.

Informação prestada pelo presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ no sentido de inexistir procedimento sobre o tema (fls. 40).

Às fls. 43/45 vieram as explicações da LEROY MERLIN COMPANHIA BRASILEIRA DE BRICOLAGEM, onde sustenta, em síntese, que atua apenas como intermediária entre o consumidor e a administradora do cartão e que, por isso, não tem acesso aos dados bancários ou quaisquer informações sobre a clientela, encontrando-se destituída de autonomia ou capacidade de interferir na concessão ou recusa do cartão.

Que seu papel se imita a possibilitar que o pagamento seja efetuado via cartão de crédito.

Segue dizendo que a atendente repassou ao consumidor a informação fornecida pela instituição financeira, não havendo que se falar em omissão de informação.

Aduz que a recusa da proposta de cartão para consumidor com histórico de imp pontualidade constitui exercício regular de um direito.

Finaliza afirmando não ser parte legítima para integrar o feito e, subsidiariamente, que o mesmo deve ser arquivado porque inexistente qualquer prática abusiva contra o consumidor.

Às fls. 88/99 vieram as explicações do BANCO LOSANGO S/S - BANCO MÚLTIPLO onde sustenta, em apertada síntese, que a opção de não contratar uma relação de médio/longo prazo com o consumidor baseou-se no fato de que ele não atendeu à política interna de crédito da instituição financeira.

Diz que essa política é formada por um conjunto complexo de fatores discricionários atinentes à atividade do banco, e que sua conduta foi perpetrada no âmbito de seu pleno exercício do direito de contratar ou não, segundo sua vontade, autonomia, liberdade e interesse comercial, tudo amparado na livre iniciativa e livre exercício da atividade econômica, como contemplado pelo art. 170 da CR, trazendo em seu favor jurisprudência do STJ.

Diz ainda que segue regras impostas pelo Banco Central, em especial a Resolução nº 1559/1988 do Conselho Monetário Nacional, pela qual deve existir um controle rigoroso na seletividade da análise de risco para a concessão de crédito.

Afirma que cumpriu com o dever de informar fazendo ver ao consumidor que a recusa ocorreu em virtude da política interna da instituição (justificativa), inexistindo obrigação legal que imponha ao banco o dever de pormenorizar exaustivamente os seus motivos.

Ressalta que os critérios para a análise de riscos do crédito se inserem na estratégia do banco para definir suas linhas de negócio, público-alvo, perfil dos clientes, entre outros, medidas que devem ser acobertadas pelo sigilo do negócio em razão da concorrência e competitividade inerentes ao mercado. Em abono de sua tese cita o art. 5º, IV da lei nº 12414/2011 (lei do cadastro positivo), que possibilita ao cadastrado conhecer os principais elementos e critérios considerados na análise de riscos, resguardado o segredo empresarial.

Finaliza afirmando que não há nenhum indício de infração a direitos coletivos, ou mesmo individuais homogêneos de extrema relevância ou considerável interesse social, revelando os autos mero inconformismo pessoal e individual a reclamar remédio judicial próprio, não tendo o Ministério Público legitimidade para atuar no caso concreto, consoante o disposto no art. 129, III da CR.

Promoção de arquivamento da lavra do senhor promotor de justiça CARLOS ANDRESANO MOREIRA, ao argumento de que, tendo a investigada se recusado a comunicar sobre a situação de *score* de crédito do representante, o remédio correto seria o *habeas data* previsto no artigo 5º, LXXII, “b” CR, vez que se trata de um direito personalíssimo, falecendo, por essa razão, legitimidade ao MP para demandar.

Em abono ao seu entendimento trouxe jurisprudência e uma sentença proferida pela 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital onde, em ACP movida por SAIBA SEU DIREITO, cuja causa de pedir e pedido eram semelhantes ao presente caso concreto, o feito foi extinto sem resolução de mérito pelas razões alinhadas no arquivamento.

Com a promoção vieram os docs. de fls. 110/142.

Às fls. 161 encontra-se a informação prestada pelo PROCON CARIOCA no sentido de que inexistente naquele órgão qualquer reclamação com o teor versado nos autos.

Às fls. 163/172 veio a intervenção do representante que, com esteio no artigo 5º, XXXIV, “a” CR¹, manifestou seu inconformismo com o arquivamento.

Confirmando a narrativa fornecida com a representação, acresceu dizendo que a conduta recorrente da investigada não atinge apenas a si, mas a um sem número de consumidores, conforme dimensionado pelos sites de reclamação acostados aos autos, fazendo alusão à jurisprudência do STJ em seu favor.

Esclarece que o seu objetivo neste procedimento não é o de obter informação sobre seus dados cadastrais, mas, sim, o de provocar o MP para que seja estancada a reiteração da prática abusiva perpetrada pela investigada, evitando-se, com isso, a difusão de ações individuais.

Afirma que é direito do consumidor obter a informação adequada sobre produtos e serviços, citando dispositivos do CDC.

Sustenta que o acórdão do STJ colacionado aos autos faz expressa referência a esse direito em caso semelhante, inclusive mantendo a legitimidade ministerial para demandar questão como a que se apresenta.

Arremata dizendo que efetivamente houve negativa de informação consistente na recusa de fornecer a pontuação geradora da impossibilidade de contratação, configurando prática abusiva vedada pela lei consumerista.

Juntou os docs. de fls. 174/290.

Devidamente relatados, passo ao voto.

Destaco inicialmente que não houve recurso por parte do representante, posto que, intimado da promoção de arquivamento em 21/10/2015 (fls. 144), interveio nos autos apenas em 11/01/2016 (fls. 162v.), deixando escoar *in albis* o prazo recursal previsto no artigo 8º, § 1º da Resolução GPGJ nº 1769/2012².

A base legal da intervenção do interessado reside no direito genérico de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” CR³ e no artigo 9º, § 2º da Lei nº 7347/1985⁴, que deve também alcançar o representante.

¹ 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

² Art. 8º – Em caso de evidência de que o fato narrado na representação não gera lesão aos interesses ou direitos mencionados no art. 1º desta Resolução, bem como se já tiver sido objeto de investigação ou ensejado a propositura de ação ou se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o órgão de execução, no prazo de 30 (trinta) dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, em decisão fundamentada, da qual se dará, sempre que possível, ciência pessoal ao representante e ao representado. §1º – A decisão que indeferir a representação para instauração de inquérito civil poderá ser objeto de recurso, com as respectivas razões, no prazo de 10 (dez) dias, para o Conselho Superior do Ministério Público.

³ 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

⁴ Art. 9º, § 2º: Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

Justifico, outrossim, a inclusão deste feito na pauta do Pleno por considerar que o tema versado reflete questão de relevante interesse institucional, consoante me autoriza o disposto no artigo 27-A, § 1º, I do Regimento Interno desse colegiado⁵.

Enfrento, então, a questão de fundo.

A promoção de arquivamento fincou suas bases na ideia de que não há nenhum indício de infração a direitos coletivos, ou mesmo individuais homogêneos de extrema relevância ou considerável interesse social, e que o interesse de acessar a situação de *score* de crédito constitui direito individual personalíssimo do representante, sendo certo que o remédio correto seria o *habeas data* previsto no artigo 5º, LXXII, “b” CR⁶, falecendo, por essa razão, legitimidade ao MP para demandar.

A primeira questão a ser aclarada nesses autos diz respeito à natureza do interesse jurídico de que se reveste o tema proposto, se público ou individual, posto que em sua promoção de arquivamento o zeloso promotor de justiça firmou entendimento de que “a questão constitui direito individual personalíssimo do representante”.

Trata-se de discussão sobre eventual violação da expectativa legítima de direito à informação adequada que têm os clientes do Leroy/Losango quanto aos critérios utilizados para a análise e concessão - ou não - de crédito pelo sistema de pontuação (*score*).

É de domínio geral que, na atualidade, a utilização dos cartões de fidelização das lojas constitui instrumento largamente empregado pela sociedade em face de sua reconhecida praticidade e utilidade em razão das vantagens daí advindas.

Concluo, portanto, que qualquer inconsistência na prestação dessa espécie de serviço interessa a massa de usuários que dela se vale cotidianamente.

No caso em exame, verifico que considerável parte da clientela tem manifestado seu descontentamento quanto à prestação desse serviço especificamente.

Colho do material anexado às fls. 04/11 e 175/182 a existência de inúmeras reclamações efetuadas junto ao sítio eletrônico Reclame Aqui e Consumidor.gov.br, onde os consumidores relatam situação idêntica a retratada na representação, entre outras, todas envolvendo a empresa e a instituição financeira citadas, além da informação prestada pelo PROCON-RJ dando conta da existência de trezentos e dezoito atendimentos envolvendo a LOSANGO no período compreendido entre janeiro de 2014 e setembro de 2015 em casos variados (fls. 24/28).

Efetuada esse registro, é de bom alvitre que, sob a ótica jurídica, se fixe o conceito do que seja “fato socialmente relevante”.

⁵ Art. 27-A § 1º - A competência se deslocará para o Plenário nas seguintes hipóteses:

l – por solicitação do legítimo interessado ou de qualquer Conselheiro, apresentada aquela até 24 horas após a publicação da pauta de julgamento;

⁶ 5º, LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

(...)

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Chamo a atenção que o fenômeno “fato socialmente relevante” é um conceito vago, impregnado de indeterminação, que se justifica porque a realidade atual se modifica de modo constante e acelerado, compelindo o ordenamento jurídico a se revestir de mecanismos que possibilitem o direito a acompanhar essas transformações. Portanto, a inserção de regras flexíveis faz com que as leis possam abranger um maior número de pessoas e situações, e por um período maior de tempo.

No escólio de Tereza Arruda Alvim Wambier⁷:

A função do conceito vago não é outra senão a de driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada à permanente e freqüentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo uma “aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta”. Uma das mais relevantes funções do conceito vago é a de fazer com que a norma *dure* mais tempo, fixar flexivelmente os limites de abrangência da norma, fazê-la incidir em função das peculiaridades de casos específicos.

Ao se desincumbir da tarefa de preencher essa lacuna, a doutrina e a jurisprudência, partindo do conceito firmado por Émile Durkheim⁸, têm professado que tais questões sejam relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, de forma a se sobrepor ao interesse das partes, exatamente porque versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídico-constitucional. A palavra de toque é, então, a transcendência do fato sobre a causa subjetiva da demanda. Assim, o fato deve ser de fundamental importância não só para o mundo jurídico, mas, principalmente, para o mundo social.

Nessa esteira de ideias, constitui-se um dos pilares do sistema financeiro, o princípio da *Proteção da Economia Popular*, pelo qual se estrutura um sistema de proteção jurídica evitando-se que eventuais interrupções na circulação do capital possam ocasionar o colapso do mercado financeiro⁹.

In casu, a importância dos serviços prestados através do sistema de pontuação na concessão de crédito, que ressoa por todo o Estado do Rio de Janeiro alargando-se pelo

⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 367-368.

⁸ “(...) os fatos sociais são distintos de simples condutas repetidas pelos membros de determinada sociedade. Um modo de fazer ou ser, representado por um fato social possui maior caráter de perenidade que algumas condutas mais efêmeras que determinadas sociedades praticam. In: DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 78.

⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7347/85 e legislação complementar)*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

território nacional, não deixa dúvidas de que o fato questionado resvala nos interesses de um considerável contingente de consumidores cariocas e fluminenses produzindo repercussões sociais que desafiam, de forma subjacente, a tutela da economia popular.

Desse modo, ao contrário do que apregoou o douto Promotor de Justiça, não se cuida de mero direito individual, mas sim de fatos indicativos da palpável repercussão social de que se reveste a preocupante hipótese retratada nos autos, porque de grande relevância é o fundamento da questão posta.

Fixada a premissa de que o acontecimento narrado exprime uma situação de “relevância social”, resta perquirir agora se o caso pode ser tutelado pelo Ministério Público. E a resposta se afigura positiva.

Ressalto, em linha preliminar, que a matéria está afeta aos princípios que regem o Direito do Consumidor, questão já encaminhada pelo STJ que, em perfeita sintonia com a Súmula 550 daquela mesma Corte¹⁰, reconheceu no Resp 1.457.199¹¹ a aplicação do CDC ao sistema *credit scoring*.

Nesse contexto, é importante dizer que a defesa dos consumidores foi consagrada como princípio fundamental da atividade econômica (artigo 170, V, CR¹²).

Outra peculiaridade do caso é que o assunto tratado se insere no campo dos direitos ou interesses individuais homogêneos.

Embora a discussão já se encontre bem endereçada, não é demais realizar breve digressão acerca do assunto.

No que pertine à natureza do interesse que autoriza o manejo da ação coletiva, Hugo Nigro Mazzilli¹³ leciona que coletivos “são interesses transindividuais

¹⁰ A utilização de *escore de crédito*, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

¹¹ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA “CREDIT SCORING”. COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL.

I - TESES: 1) O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito);

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas para afastar a determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão.

III - RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS. (REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014)

¹² 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:

V - defesa do consumidor;

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46/47.

indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum”.

Em seguida, o mencionado jurista traça a distinção entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem de fato comum.

Como é sabido, a Lei da Ação Civil Pública, desde 1985, atribuiu ao MP legitimização para demandas versando sobre as duas espécies de interesses de natureza coletiva - difusos e coletivos *stricto sensu*. A fórmula foi repetida três anos depois no artigo 129, III CR¹⁴.

Com o advento da Lei nº 8078/90- CDC criou-se uma nova espécie de interesse, os individuais homogêneos, fato que instalou forte controvérsia sobre a legitimidade do MP, motivada precisamente pela “omissão” da norma constitucional que não contemplava no respectivo dispositivo legal tais interesses.

Contudo, venceu a tese de que, apesar de se referirem comumente – como também ocorre neste caso – a interesses disponíveis, a legitimidade do Ministério Público para esse tipo de demanda resulta da exegese de normas constitucionais e infraconstitucionais.

No campo legislativo, o artigo 127, CR¹⁵, faz alusão a proteção de direitos individuais indisponíveis, enquanto o artigo 129, IX, CR¹⁶, autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional.

¹⁴ Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁵ Art. 127. O Ministério Público é 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.

¹⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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.

No rastro dessa permissão, a Lei nº 7347/85-LAP conferiu legitimidade ao MP para propor ACP nas hipóteses de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor (artigo 1º, II e 5º¹⁷).

O Estatuto Consumerista, seguindo a mesma linha, instituiu as chamadas Ações Coletivas, em verdadeira simbiose com a Lei de Ação Civil Pública, e incluiu o MP na relação dos legitimados ativos para os três tipos de demandas (artigo 82, I¹⁸ c/c os artigos 81, parágrafo único¹⁹ e 92²⁰, todos do CDC.)

No âmbito doutrinário, bastante esclarecedora é a lição compartilhada pelo professor Teori Albino Zavascki²¹, então ministro do STJ, hoje no STF:

Nas três citadas hipóteses de legitimação, o legislador ordinário estabeleceu uma linha comum e característica: a atuação do MP objetiva sentença condenatória genérica, mas a liquidação e a execução específica serão promovidas pelo próprio titular do direito individual. Ou seja: os direitos dos substituídos são defendidos, embora coletivamente, de maneira impessoal. Obtido o provimento jurisdicional genérico, encerra-se a legitimação extraordinária. Por outro lado, nos três casos, a lesão é especialmente significativa, dado que, pela natureza dos bens atingidos e pela dimensão coletiva alcançada, houve também lesão a valores de especial relevância social, assim reconhecidos pelo próprio constituinte. Com efeito, é a Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (art. 5º, XXXII CR). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerados em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado financeiro. Conquanto suas posições individuais e particulares possam não ter relevância social,

¹⁷ Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

II - ao consumidor”;

Art. 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios.

¹⁸ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

¹⁹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁰ Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

²¹ ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, vol. 329, p. 147-160, jan./mar. 1995.

o certo é que, quando considerados em sua projeção coletiva, passam a ter relevância ampliada, de resultado maior que a simples soma de posições individuais. É de interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que é, segundo a própria Constituição, instrumento fundamental para promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade (art. 192 CR). Com isso se conclui que a legitimação do MP, para a defesa de direitos individuais dos consumidores e daqueles que alimentam o sistema financeiro, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Constituição. Em todos os casos, ressalte-se, a legitimação tem em mira apenas a obtenção de sentença condenatória genérica. A atuação do MP se dá em forma de substituição processual e é pautada pelo trato coletivo e impessoal dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos – divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo MP sem ofensa à Constituição. (grifei)

Na seara jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça há muito firmou sua posição no sentido do reconhecimento da qualidade de parte ao *Parquet* em demandas versando sobre interesses individuais homogêneos, orientado por diversos critérios indicativos da relevância social da questão, a saber: *sempre que o número de lesados seja significativo* (Corte Especial, AgRg nos EREsp 633.470/CE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. em 30.06.2006, DJ 14.08.2006 p. 248), ou *quando haja dispersão dos interessados* (Terceira Turma, AgRg no REsp 610.315/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 16.05.2006, DJ 05.06.2006 p. 258), ou *em razão da gravidade do dano* (Primeira Turma; Resp 637332/RR; Rel. Min. Luiz Fux; DJ 13.12.2004 p. 242), *por sua repercussão social* (Terceira Turma; REsp 279273/SP; Rel. Min. Ari Pargendler; Rel. P/ acórdão Min. Nancy Andrighi; DJ 29.03.2004 p. 230), ou ainda *pela natureza da matéria em questão* (Segunda Turma; REsp 703471/RN; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ 21.11.2005; p. 195).

Esse também é o pensamento que grassa na administração superior do MP fluminense, conforme se percebe do ENUNCIADO nº 14 da Assessoria de Recursos Constitucionais²².

²² ENUNCIADO Nº 14: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos de relevância social, ainda que disponíveis. Decisão em sentido contrário nega vigência aos artigos 81, III e 82, I da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) bem como contraria os artigos 127, *caput* e 129, inciso III, da CRFB/88. (Alterado D.O. de 11/06/12)

Reforçando essa ideia, encontrei inúmeras ações individuais propostas em outros Estados da Federação onde se busca a informação adequada em face das financeiras que adotam tal sistema, na maioria delas pela via da ação cautelar de exibição de documentos, denotando a densidade social de que o assunto se reveste.

Em nosso Estado não foi diferente, existem dezenas de ações em andamento nas duas instâncias da Justiça Fluminense²³.

Não é sem razão, portanto, que existem Ações Cíveis Públicas propostas pelos MINISTÉRIOS PÚBLICOS²⁴ de outros entes federativos versando sobre idêntico tema,

²³ 0004898-62.2014.8.19.0066 - APELAÇÃO DES. SERGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 24/08/2015 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

Apelação Cível. Direito do Consumidor. Sistema *scoring* de pontuação gerido pelo SERASA. Sentença de improcedência. Irresignação da parte autora. O STJ, no julgamento do Recurso Repetitivo 1419697/RS, fixou entendimento no sentido de que o *credit scoring* é método lícito, desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, sendo desnecessário o consentimento do consumidor para inclusão do seu nome no sistema. Cabe ao gestor do *concentre scoring* prestar esclarecimentos solicitados pelo consumidor acerca do seu histórico de crédito e sobre as informações pessoais valoradas. O dano moral é cabível quando há utilização de informações excessivas ou sensíveis, bem como nos casos em que exista recusa indevida de crédito pelo uso de informação incorreta ou desatualizada. A mera inclusão do nome do consumidor no sistema não é capaz de ensejar danos morais. No caso concreto, não se comprovou a existência de fato capaz de caracterizar abuso no exercício do direito pelo apelado, por desrespeito aos limites legais na utilização do sistema de pontuação. Dano moral não configurado. Sentença que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Juiz(a) PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA - Julgamento: 04/02/2016 PODER JUDICIÁRIO JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS TURMA RECURSAL DA COMARCA DA CAPITAL RECURSONº 0332472-22.2013.8.19.0001 Recorrente: Serasa Experian S.A Recorrido: Thiago Costa Pontes da Silva VOTO - Banco de dados do Serasa (Concentre Scoring). Alegação do Autor de que teve seu nome inserido, sem prévia ciência ou anuência, em cadastros da Ré relativos à avaliação de risco na concessão de crédito. Aduz que a pontuação conferida (687) lhe trouxe danos a sua dignidade e aos seus direitos da personalidade. Pleito de exclusão de nome do cadastro "Concentre Scoring" e de indenização de dano moral. Sentença às f. 66/67 que julga procedente em parte os pedidos, para: condenar a Ré a retirar o nome do Autor do denominado Serasa Credit Bureau e Serasa *Concentre Scoring*, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50,00. Recurso da Ré requerendo a improcedência dos pedidos. Com efeito, o E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.419.697/RS (2013/0386285-0), definiu as seguintes teses: "1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consultante (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados". Assim, não se verifica, *in casu*, ilicitude na conduta da Ré/Recorrente. EM FACE DO EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS ACOLHIDOS NA SENTENÇA. Rio de Janeiro, 04 fevereiro de 2016. PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA JUIZ DE DIREITO RELATOR 0332472-22.2013.8.19.0001 kd 0332472-22.2013.8.19.0001

²⁴ TJRS, Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70060615861 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SISTEMA CREDISCORE OU CONCENTRE SCORING. AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO DE RISCO À CONCESSÃO DE CRÉDITO. ESCORE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. "CAUSA PETENDI". INVOCÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA REGRA DO ART. 4º DA LEI 12.414/2011. AÇÃO INDIVIDUAL. TRAMITAÇÃO SIMULTÂNEA com AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta PELO MINISTÉRIO PÚBLICO estadual.

hipótese, inclusive, que já foi regularmente processada no âmbito do STJ²⁵ que, quanto a esse assunto, reconheceu legitimidade ao *Parquet* para a demanda coletiva de consumo.

Sob esse enfoque, e a título de conclusão, a disponibilidade dos interesses tutelados na via da ação civil pública não impede, *a priori*, a atuação do MP, embora condicione sua iniciativa àqueles casos em que, por sua dimensão coletiva, tais

SUSPENSÃO DO PROCESSO singular RELATIVO À AÇÃO INDIVIDUAL no aguardo do TRÂNSITO EM JULGADO DO ARESTO PROFERIDO NA demanda coletiva QUE CONTÉM A MACRO-LIDE. VIABILIDADE.

É de se considerar admissível a suspensão de processo individual no qual se controverte sobre a mesma matéria discutida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual – reparação de danos por repasse de dados inseridos em sistema de pontuação mantido pela ré. Com essa providência, dotada de razoabilidade, pretende-se evitar a multiplicação de demandas repetitivas que acabam abarrotando o Poder Judiciário e dificultando a prestação jurisdicional em tempo célere e de forma útil e proveitosa e a prolação de decisões contraditórias. RECURSO PROVIDO LIMINARMENTE, COM FULCRO NO ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC.

²⁵ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA “CREDIT SCORING”. COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL.

I - TESES: 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

II - CASO CONCRETO: A) Recurso especial do CDL: 1) Violação ao art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Aplicação analógica do óbice da Súmula 284/STF.

2) Seguindo o recurso o rito do art. 543-C do CPC, a ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos “*erga omnes*”) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida nos recursos especiais representativos de controvérsia, atingindo todos os processos em que se discute a mesma questão de direito em todo o território nacional.

3) Parcial provimento do recurso especial do CDL para declarar que “o sistema ‘credit scoring’ é um método de avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)” e para afastar a necessidade de consentimento prévio do consumidor consultado.

B) Recursos especiais dos consumidores interessados: 1) Inviabilidade de imediata extinção das ações individuais englobadas pela presente macro-lide (art. 104 do CDC), devendo permanecer suspensas até o trânsito em julgado da presente ação coletiva de consumo, quando serão tomadas as providências previstas no art. 543-C do CPC (Recurso Especial n. 1.110.549-RS).

2) Necessidade de demonstração de uma indevida recusa de crédito para a caracterização de dano moral, salvo as hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011).

3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas para afastar a determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão.

III - RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014)

interesses assumam relevância social, precisamente como ocorre na espécie, onde a pretensão de direito que se apresenta no caso concreto ultrapassa qualquer embate a respeito de direitos ou interesses individuais particularizados, refletindo, por certo, na esfera do interesse social, o que legitima a atuação do Ministério Público.

Essa atuação se afigura imprescindível, inclusive, para estancar a fonte geradora de processos multitudinários, que deverão ser suspensos no aguardo do julgamento da ação coletiva onde se concentrará a macro-lide.

Superada a discussão sobre a legitimidade, enfrente nesse momento a questão relativa a necessidade e a utilidade do MP atuar nos fatos trazidos ao seu conhecimento.

No presente caso, a narrativa fornecida pelo representante foi corroborada pelo Relatório de Missão GAP onde os agentes ministeriais atestaram ter recebido idêntico tratamento na mesma unidade comercial (fls. 31/32), assim como pelas reclamações constantes nos sites Reclame Aqui e Consumidor.gov.br (fls. 04/11 e 175/182) e no PROCON-RJ (fls. 24/28).

Em todas essas ocorrências a resposta da investigada foi a mesma: a solicitação do cartão fora recusada de acordo com a política de crédito da financeira, consistente na baixa pontuação do CPF do cliente.

Pois bem, a Lei nº 8078/90, ao instituir o sistema básico de proteção nas relações de consumo, assegurou ao consumidor, entre outros, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentem, como revelam os artigos 6º, III, e 14, *caput* do citado diploma legal²⁶.

Das explicações fornecidas pela investigada LOSANGO (fls. 88/99) extraio o que já se sabe acerca das informações obtidas por meio da aplicação do *Scorings*, quais sejam, que não são claras, possuem diversos dados subjetivos e em linguagem de complicada compreensão, violando, como consequência, o princípio da transparência consagrado pelo código consumerista.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Cláudia Lima Marques²⁷:

Como segundo reflexo do princípio da transparência, temos o novo dever de informar, imposto ao fornecedor pelo CDC. Este dever de informar concentra-se, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou serviço oferecido no mercado. (...) O dever

²⁶ CDC: Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002. p. 646.

de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência nas relações de consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor. Aliás, o Código de Defesa do Consumidor, ao instituir os direitos básicos do consumidor, definiu no seu art. 6º, inciso III, que; (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...) Assim, a norma precitada assegura ao consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentem. (grifei)²⁸

O STJ já sedimentou entendimento nesse sentido, como faz ver o aresto baixo colacionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA A RESPEITO DE DIREITOS COLETIVOS. SUPOSTA LESÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. CONCENTRE SCORING. 1. PRELIMINARES. 1.1 ILEGITIMIDADE ATIVA. 1.2 AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. 1.3 COISA JULGADA. NÃO CONHECIMENTO. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO A MATÉRIAS NÃO DECIDIDAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NESTA SEDE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 2. MÉRITO. LEGALIDADE DO FORNECIMENTO DO MENCIONADO SERVIÇO RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. NESTA EXTENSÃO. “1) O sistema ‘credit scoring’ é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática

²⁸ Também nesse sentido, ao tratar do sistema *Scoring*, discorre, com propriedade, Leonardo Roscoe Bessa: Por meio de pontuação ou classificação, do tipo situação normal, risco de atraso, risco de perda, o banco de dados emite opinião sobre os riscos de um negócio específico. Tal tipo de informação, inserida no arquivo pela própria entidade que administra o banco de dados, não atende ao atributo da objetividade, exigido pelo §1º do art. 43 do CDC. Cuida-se, à evidência, de informação que envolve análise subjetiva pelo banco de dados de proteção ao crédito. Na verdade, tal tipo de avaliação colabora com desvirtuamento das finalidades dos bancos de dados de proteção ao crédito que existem, não para emitir opiniões, mas para fornecer informações objetivas que possam auxiliar a tomada de decisão de determinado fornecedor. Acrescente-se que, se a informação é subjetiva, há dificuldade, senão impossibilidade, do exercício do direito de correção, previsto no art. 43, §3º do CDC. Como pode o consumidor refutar uma avaliação subjetiva? Como fica o banco de dados, diante da assertiva do consumidor de que a informação não é exata, pois, ao contrário do registro, não há risco de atraso? (BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: RT, 2003, p. 267).

comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) *Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.* 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema 'credit scoring', configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados". (STJ, REsp. 1.419.697/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 12-11-2014).

A prática, amplamente confessada pela investigada, também viola as disposições do art. 43, *caput*, e §1º, do CDC²⁹.

Ora, ao admitir que "vários elementos interferem no cálculo do *score*, os quais são combinados segundo as diferentes fórmulas matemáticas utilizadas" (fl. 92/95), a LOSANGO deixa claro que se trata de um sistema dos mais complexos, que não permitiria – ainda que supostamente houvesse comunicação de sua abertura – fácil compreensão do consumidor, como expressamente exige o Diploma Consumerista. Aliás, também a circunstância de se atribuir pontuação tão alargada (de zero a mil) é claramente indicativa da infinidade de dados/informações utilizados e da complexidade e conseqüente dificuldade de compreensão do sistema.

Ademais, não se sabe se o sistema *Concentre Scoring* da representada dispõe acerca da forma de obtenção da contagem apresentada (pontuação de zero a mil), ficando o consumidor sem saber os motivos da pontuação a si atribuída. Cuida-se, na verdade, de informação que envolve análise subjetiva por ela realizada, o que certamente dificulta o exercício do direito de correção, previsto no art. 43, §3º, do CDC³⁰.

²⁹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

³⁰ Art. 43, § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais

Analisando a questão posta, infiro que a LOSANGO, ao disponibilizar às empresas consulentes a pesquisa ao banco de dados do consumidor e respectiva pontuação pelo sistema *Concentre Scoring*, sem que haja necessária possibilidade de acesso às informações que são utilizadas para obter a pontuação – já que a própria LOSANGO sustenta que se encontram protegidas por sigilo e confidencialidade por constituírem segredo empresarial (fl. 94/95) –, está violando os direitos dos consumidores à informação e transparência dos cadastros, preconizados pelas normas consumeristas anteriormente listadas.

A propósito, merece transcrição trecho do voto proferido em 28/05/2015 pelo relator nos autos do Agravo de Instrumento n. 2014.002692-8 que tramitou no TJSC, Des. Raulino Jacó Brüning:

(...) A obscuridade avulta patente no simples fato de o consumidor não ser devidamente informado do porquê de cada um dos fatores levados em consideração para diminuir-lhe a credibilidade creditícia, de modo a possibilitar-lhe a avaliação a fim de verificar se as informações plasmadas nos critérios utilizados são verdadeiras, corretas, lícitas, e se eventualmente não foram consideradas mais de uma vez, inclusive de forma a evitar o *bis in idem*. Há, pois, flagrante subtração do direito ao contraditório, na medida em que não se viabiliza o questionamento dos aludidos critérios, os quais, pasmem, estariam acobertados sob o manto do sigilo decorrente do “segredo empresarial” que estaria por trás da concepção do sistema, como se pode verificar das informações prestadas pela própria requerida à fl. 40 do Inquérito Civil que instrui a presente ação, bem assim da fundamentação de decisões judiciais acerca de casos concretos envolvendo a prática ora questionada. Nessa linha, indaga-se como seria possível ao consumidor exercer o direito de retificação da informação (CDC: art. 43, §3º), se não lhe é viabilizado o acesso aos critérios utilizados para a pontuação e nem aos dados que foram considerados para tal. O fato é que nenhum de nós – pois todos somos vítimas, já que ninguém escapa da “coisificação” ocasionada pela rotulagem numérica arquitetada pela demandada –, consumidores, sabemos, por exemplo, se os prazos estampados nos §§ 1º e 5º do art. 43 do CDC estão sendo respeitados; se o grupo no qual estamos inseridos realmente merece a pecha atribuída pelo *Concentre Scoring*, no sentido de diminuir nossa pontuação – já que, segundo também informado, são consideradas informações coletivas; aliás, se efetivamente pertencemos ao grupo no qual fomos enquadrados pela Ré; se, como dito, um mesmo fato

destinatários das informações incorretas.

supostamente desabonador presente em mais de uma fonte não está sendo levado em consideração mais de uma vez – partindo da premissa de que há mais de uma fonte de consulta; se a informação desabonadora atribuída ao consumidor, como, por exemplo, o protesto de um título ou uma parcela em atraso, está correta ou atualizada (...).

Compulsando a documentação que acompanha esse procedimento, observo, ainda, que o sistema *Concentre Scoring* não analisa somente dados relacionados ao histórico de inadimplemento, mas de comportamento do consumidor, subordinando-se, assim, também à Lei nº 12.414/2011.

Em relação ao sistema de cadastro de riscos, o referido diploma legal acrescenta peculiaridades próprias para a manutenção dos bancos de dados a ela subordinados, quais sejam: Art. 3º. Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. § 1º. *Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.* § 2º. Para os fins do disposto no §1º, *consideram-se informações: I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor; II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica; III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.* (grifei)

Também esses dispositivos legais foram vulnerados.

Com efeito, no âmbito consumerista, tem largo emprego o princípio da Efetiva Prevenção e Reparação dos Danos Patrimoniais e Morais esculpido no artigo 6º, VI e VII do CDC³¹, cujo intuito é disponibilizar uma tutela capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, bem como uma tutela capaz de remover o ilícito continuado, para que danos não ocorram, não se multipliquem ou não sejam potencializados.

Esse sistema é instrumentalizado pelas regras previstas nos artigos 83³² e 84, *caput*, e §§ 1º/5º³³, ambos do CDC, que conferem ao juiz a possibilidade de conceder

³¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

³² Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

³³ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

tutela específica, tendo por objetivo viabilizar as obrigações de fazer e de não fazer, a fim de assegurar o resultado prático correspondente aos direitos previstos no ordenamento jurídico, incluída aí a efetiva prevenção de danos ao consumidor, arsenal este que é potencializado pela natureza mandamental da sentença coletiva.

Inegável, portanto, que a ação coletiva consumerista tem por escopo obstar o ilícito, obter a reparação direta e preventiva do dano, tal como vem ocorrendo na sistemática das Ações Cíveis Públicas.

Por fim, registro que o senhor promotor de justiça CARLOS ANDRESANO MOREIRA afirmou que o julgado no Resp nº 1.268.478 deixou claro o entendimento da Corte Federal no sentido de somente reconhecer ao consumidor o interesse para a propositura da ação que vise a exibição de documentos (fls. 107/109).

Disso não discordo! Por óbvio, só o titular do direito pode postular em concreto que lhe sejam fornecidas as informações a si concernentes.

Ocorre, todavia, que a pretensão ministerial pela via da ação coletiva de consumo não teria esse direcionamento, mas sim o *de compeli-la a fornecer os critérios empregados para a avaliação da não concessão de crédito quando solicitado pelo interessado, tornando esse direito/obrigação líquido e certo em suas relações contratuais, de forma a que sejam observados os deveres de informação adequada e de transparência.*

Aqui a interveniência ministerial se daria em abstrato, de maneira a poupar o consumidor de discutir essa questão.

Outrossim, que fique claro que em nenhum momento aquela Corte Superior professou entendimento de que uma ação coletiva de consumo não poderia ser deduzida pelo Ministério Público.

Como dito linhas atrás, trata-se de uma questão que se encontra impregnada de relevância social, cujos conflitos já materializados reclamam uma pacificação global porque aflige a um considerável número de pessoas.

Por isso, penso que o arquivamento desse procedimento se afigura prematuro, certo que os fatos noticiados têm que ser melhor apurados, devendo o membro do *Parquet* envidar esforços no sentido de *que a investigada LOSANGO preste aos consumidores – quando por estes instada – as informações sobre os critérios utilizados para a não concessão dos serviços postos à disposição do público, de forma clara e transparente, nos termos da legislação de regência.*

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Nessa esteira de ideias, imprescindível é que se dê prosseguimento ao inquérito civil, objetivando subsidiá-lo com elementos que contribuam para as questões suscitadas no corpo desse voto.

Nestas condições, voto pela *NÃO HOMOLOGAÇÃO DA PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO*, na forma do disposto no artigo 19, § 1º, II da Resolução 1769/2012, para determinar que os autos retornem ao órgão de origem a fim de que outro membro do Ministério Público lhe dê prosseguimento nos termos aqui propostos.

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2016.

MARLON OBERST CORDOVIL

Conselheiro-Relator



Detalhe da imagem da capa



Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque

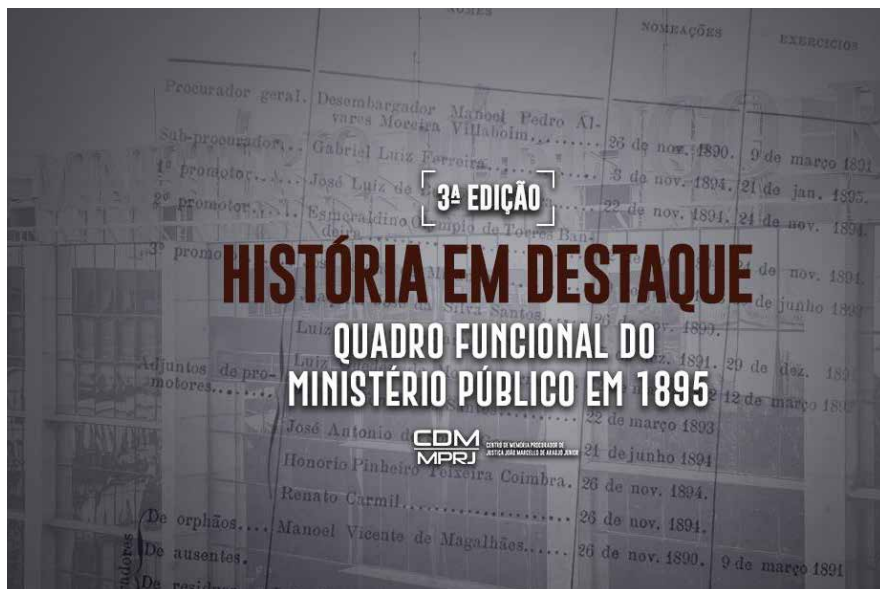
Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

História em Destaque



3ª edição - Quadro funcional do Ministério Público do Distrito Federal de 1895: os primeiros passos¹

Na edição de abril/2021 do Projeto *História em Destaque*, apresentamos o *quadro funcional do Ministério Público do Distrito Federal de 1895*. As informações com os nomes, cargos, atos de nomeação e posse integram o relatório anual apresentado pelo Presidente da Corte de Apelação ao Ministro da Justiça junto com os trabalhos executados no âmbito do Poder Judiciário na capital do país. O Desembargador Manoel Pedro Alvares Moreira Villaboim foi o primeiro Procurador-Geral nomeado, sendo um dos mais longevos na função (1891-1905).

O Ministério Público do Distrito Federal era composto inicialmente pelo Procurador-Geral junto à Corte de Apelação, um Subprocurador junto do Tribunal Civil e Criminal, quatro Curadores – um de órfãos, um de ausentes, e um de resíduos junto à Câmara Civil e um de massas falidas junto à Câmara Comercial, três Promotores

¹ A notícia sobre esta edição foi publicada no site do MPRJ em 16/04/2021.

Públicos junto ao Júri e à Câmara Criminal e sete Adjuntos de Promotores divididos entre as Pretorias sob a inspeção dos Promotores. Composto por *quinze membros*, o documento revela a organização do *Parquet* nos primeiros anos da República e fornece algumas características da nova instituição nascida com a República.

Na Exposição de Motivos do *Decreto nº 1.030 de 14/11/1890* que organizou a Justiça distrital, o Ministro da Justiça Campos Salles deixou claro que *subordinação hierárquica, harmonia de atribuições e unidade de ação* seriam os marcos da nova instituição, por ele pensada como democrática e independente. Deveria atuar como fiscal da lei e representante dos interesses da sociedade em todos os campos e níveis de jurisdição. Por este motivo, os cargos ministeriais foram criados e estrategicamente dispostos nas diferentes instâncias, junto às pretorias, juntas correccionais, júri e câmaras. Naquele momento, a ideia de *unidade* compreendia uma estrutura hierarquizada, com o Procurador-Geral como autoridade disciplinar com a atribuição de expedir ordens e instruções aos membros. Foram os primeiros passos...

Observamos que a autonomia funcional é uma conquista relativamente recente. O mesmo pode-se afirmar em relação à independência institucional. Vinculado ao Poder Judiciário, espelhando seu campo de atuação, o Ministério Público não possuía dotação orçamentária própria, utilizando-se da estrutura física e administrava da Justiça, incluindo os serviços de secretaria, como o quadro funcional elaborado pela 1ª Seção da Diretoria Geral da Justiça, em 15/04/1895 e encaminhado como anexo ao relatório do Ministro da Justiça e Negócios Interiores daquele ano.

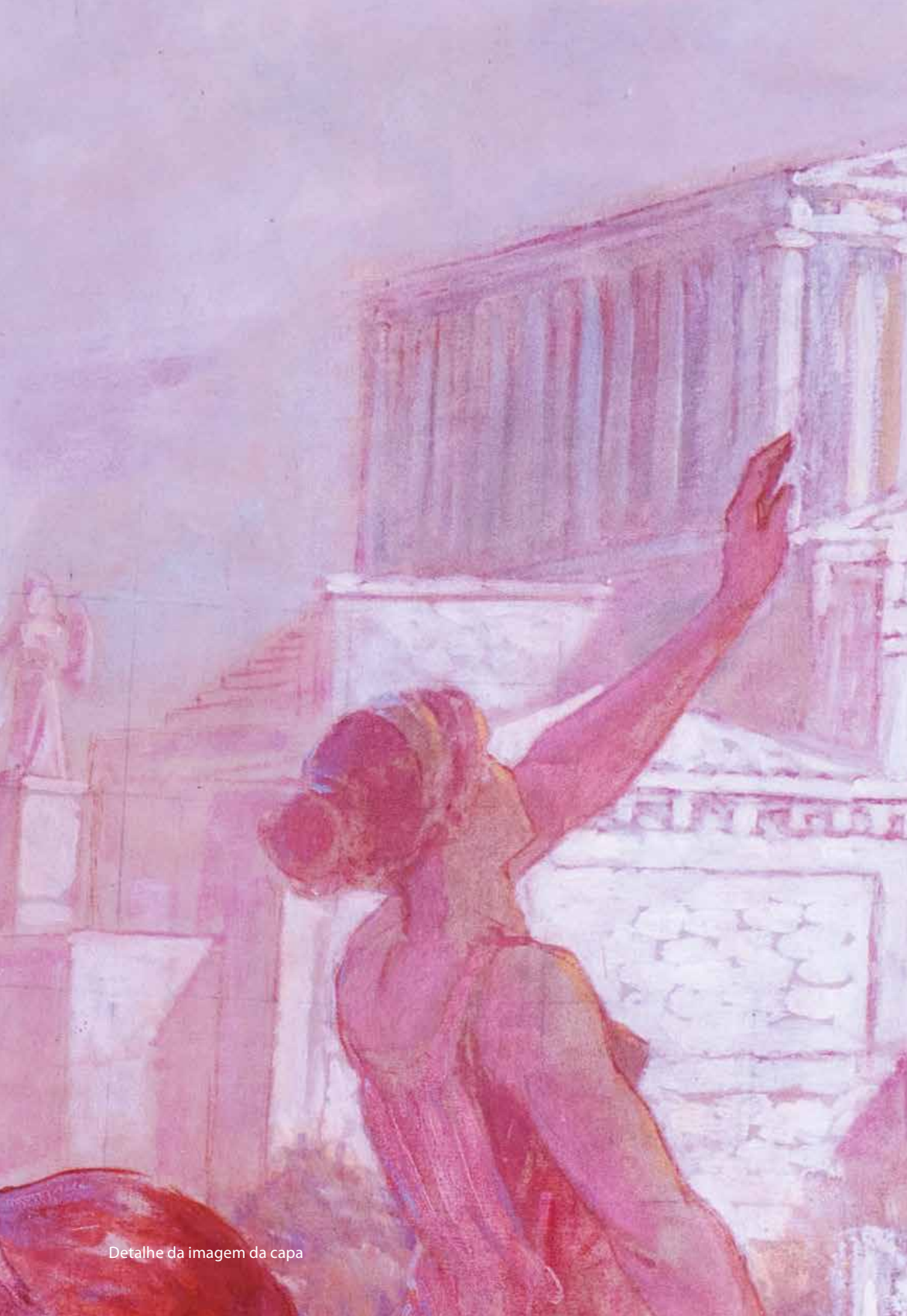


Fonte: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. *Anexos ao Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Dr. Antonio Gonçalves Ferreira, Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores em 1895* [sic]. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1895.

Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro (APERJ).

Outras informações sobre o Quadro funcional do Ministério Público do Distrito Federal de 1895 podem ser acessados pelo link: <https://atom.mprj.mp.br/index.php/3-edi-o-quadro-funcional-do-minist-rio-p-blico-do-distrito-federal-de-1895-os-primeiros-passos>

Preservar a memória da instituição, assim como difundir informações de caráter histórico, com resgate de documentos e objetos iconográficos, estão entre as atribuições do CDM/MPRJ. Esse é o objetivo do História em Destaque, que a cada mês apresenta um dos 16 mil documentos que contam a história do Ministério Público. O acervo divulgado pode ser acessado pelo link: <https://atom.mprj.mp.br/index.php/centro-de-mem-ria-procurador-de-justi-a-jo-o-marcello-de-ara-jo>.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência



Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Nº 1.356.720 / RIO DE JANEIRO**

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): LUIS CLAUDIO GOMES

ADV.(A/S): EDUARDO MARZOLLO NEVES

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INTIMAÇÃO DO JULGADO RECORRIDO APÓS 3.5.2007. PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL: REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO INC. IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS INCS. LIVELVDO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento,

por unanimidade, *negar provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 11.2.2022 a 18.2.2022.

Brasília, 21 de fevereiro de 2022.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

21/02/2022

PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.356.720 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): LUIS CLAUDIO GOMES

ADV.(A/S): EDUARDO MARZOLLO NEVES

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 15.12.2021, foi negado seguimento ao recurso extraordinário com agravo interposto por Luis Claudio Gomes contra julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sob os fundamentos e demonstração insuficiente da preliminar de repercussão geral, harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade do interrogatório do réu e da inquirição de testemunhas por videoconferência, ausência de contrariedade ao inc. IX do art. 93 da Constituição da República e inexistência de repercussão geral na alegação de contrariedade aos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República quando necessária a análise de legislação infraconstitucional (e-doc. 89).

2. Publicada essa decisão no DJe de 10.1.2022, o agravante interpôs, em 17.1.2022, tempestivamente, agravo regimental.

3. O agravante afirma que *“a preliminar de repercussão geral foi devidamente preenchida e fundamentada, conforme se depreende da leitura do recurso interposto”* (fl. 16, e-doc. 93).

Alega que as contrariedades *“aos dispositivos constitucionais (art. 5º, LV e LIII e art. 93, IX, da CRFB/88) foram também devidamente demonstradas e não há que se*

falar em precedentes a justificar a denegação monocrática de seguimento do recurso” (fl. 16, e-doc. 93).

Argumenta que a realização do interrogatório do réu por videoconferência é uma excepcionalidade, não podendo *“ser aplicada no julgamento em Plenário do Júri, e daí a importância dessa Corte manifestar-se sobre o pleito defensivo, para que outras pessoas não sofram tais violações”* (fl. 18, e-doc. 93).

Sustenta a ilegitimidade da prova emprestada utilizada pela acusação *“uma vez que produzida fora do contraditório instituído entre as partes e sem a presença do juiz da causa”* (fl. 18, e-doc. 93).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

É o relatório.

21/02/2022
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº
1.356.720 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao agravante.
2. A publicação do acórdão recorrido deu-se em 27.10.2020, quando já exigível a demonstração formal da existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário.
3. Dispõe-se no § 3º do art. 102 da Constituição da República:

Art. 102. (...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

No dispositivo constitucional está explícito que *“o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”*, ônus a ser cumprido pelo recorrente como condição para que o Supremo Tribunal Federal *“examine a admissão do recurso”*.

Na legislação processual, dispõe-se que, “*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*” (§ 1º do art. 1.035 do Código de Processo Civil e parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Para o atendimento da repercussão geral, o recorrente deverá demonstrar a existência de dois requisitos: relevância (econômica, política, social ou jurídica) e transcendência (questões que ultrapassem os interesses subjetivos da causa).

4. Embora seja possível presumir a existência de transcendência da questão constitucional em determinadas circunstâncias, não é essa a norma. O recurso deve conter elementos que demonstrem objetivamente a existência de controvérsias atuais de elevada monta alcançáveis por eventual decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional.

Apesar de ter mencionado a repercussão geral na espécie vertente, o agravante não desenvolveu argumentos suficientes para cumprir a exigência constitucional.

Não basta afirmar ter o tema repercussão geral, sendo ônus do agravante demonstrar ter-se, na espécie, relevância econômica, política, social ou jurídica.

A insuficiência da argumentação expressa, formal e objetivamente articulada pelo agravante para demonstrar, nas razões do recurso extraordinário, a repercussão geral da matéria constitucionalmente arguida inviabiliza o exame do recurso extraordinário.

Essa exigência não é exclusiva da repercussão geral ou do sistema brasileiro. Institutos similares no direito comparado, como a *petition for certiorari* na Suprema Corte dos Estados Unidos, também exigem a demonstração de que a solução da causa ultrapasse os interesses subjetivos das partes:

Independentemente de o conflito estar delineado na petição, o requerente deve demonstrar todas as razões pelas quais o Tribunal deveria conceder a certiorari. A importância de um caso e, conseqüentemente, de seu merecimento à certiorari depende, acima de tudo, de quantas partes, além das que litigam, serão afetadas pelas questões apresentadas. O requerente deve persuadir o Tribunal de que o seu caso não se volta apenas para fatos delineados ou que as questões afetem apenas às partes do caso. Como afirmado pelo Chief Justice Vinson: Os advogados precisam ser aconselhados, na preparação de petitions for certiorari, a dedicar um pouco menos de tempo discutindo o mérito dos casos e um pouco mais de tempo demonstrando o porquê eles são importantes para que o Tribunal os ouça... O que o Tribunal está interessado é no efeito real, prático, da decisão suas conseqüências para outros interessados e em outras situações... Se apenas demonstrar

que a decisão recorrida pode estar errada, não cumpriu a sua finalidade (Matthew B. Crum, 3 Cap. Def. Dig. 12 1990-1991, tradução livre).

Regardless of whether a conflict is defined in a petition, the drafter must prudently marshal and present all of the reasons why the court should grant the petition. Importance of a case and consequently its certworthiness hinges foremost upon how many other parties, aside from the actual litigants, will be affected by the questions presented. The drafter must persuade the Court that his case does not turn merely upon its facts or that the question only affects the individual parties. As stated by Chief Justice Vinson: Lawyers might be well advised, in preparing petitions for certiorari to spend a little less time discussing the merits of their cases and a little more time demonstrating why it is important that the Courts should hear them... What the Court is interested in is the actual, practical effect of the disputed decision its consequences for other litigants and in other situations... If it succeeds in demonstrating [only] that the decision below may be erroneous, it has not fulfilled its purpose.

A referência à repercussão geral sem demonstração da relevância da questão ou da transcendência dos interesses jurídico-processuais veiculados não cumpre o requisito constitucional posto. Na espécie não foi atendido o § 3º do art. 102 da Constituição da República pela ausência de demonstração de relevância e transcendência da causa, a tornar insuficiente a articulação do tema na petição, revelando-se a inadmissibilidade do recurso. Assim, por exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - É ônus do recorrente apresentar a preliminar, formal e fundamentada, de repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário, com indicação específica das circunstâncias que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política, social ou jurídica, para que seja atendido o requisito previsto no art. 102, § 3º, da Constituição e no art. 1.035 do CPC. II - Recurso extraordinário com alegações que esbarram no óbice da ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF. III - Agravo regimental a que se nega provimento (ARE n. 1.190.875-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 3.2.2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO JULGADO RECORRIDO APÓS

3.5.2007. PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL: REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA PRELIMINAR: IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE n. 1.159.230-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1º.8.2019).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA (TEMA 182). AGRAVO DESPROVIDO. 1. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 2. O STF já assentou que não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (Tema 182). 3. Agravo Interno a que se nega provimento (ARE n. 1.247.913-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 14.2.2020).

5. Ainda que fosse superado esse óbice de inadmissibilidade do recurso extraordinário, é de se anotar que a alegação de nulidade do acórdão por contrariedade ao inc. IX do art. 93 da Constituição da República não pode prosperar. Embora em sentido contrário à pretensão do agravante, o acórdão recorrido apresentou suficiente fundamentação.

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (Recurso Extraordinário n. 140.370, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 21.5.1993).

6. Quanto ao argumento do agravante de afronta aos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, no julgamento do Recurso Extraordinário com

Agravo n. 748.371-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou inexistir repercussão geral na alegação de contrariedade aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal quando necessário o exame da legislação infraconstitucional:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral (ARE n. 748.371-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 1º.8.2013).

Declarada a ausência de repercussão geral, os recursos extraordinários e agravos nos quais suscitada a mesma questão constitucional devem ter o conhecimento negado pelos respectivos relatores, conforme o inc. III do art. 932 e o art. 1.035 do Código de Processo Civil e o § 1º do art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

7. Quanto ao interrogatório do réu por videoconferência, não há qualquer incompatibilidade de realização em sessão do Tribunal do Júri. O § 2º do art. 185 do Código Penal, permite essa modalidade de interrogatório do réu preso quando a medida for necessária pelas circunstâncias do processo. No caso em espécie, o interrogatório do agravante foi feito por videoconferência em razão da periculosidade do agente, como se verifica em decisão proferida em Plenário:

A defesa reiterou o pedido de adiamento da presente sessão, sob o fundamento da pendência do julgamento de HC impetrado com o fito de que o julgamento do réu não seja realizado por meio de videoconferência, mas sim com a presença física do réu, sob pena de prejuízo.

Pela MMA. Dra. Juíza foi proferida a seguinte DECISÃO:

(...)

Quanto ao fundamento de que existe HC pendente de julgamento, sob o argumento da imprescindibilidade da presença física do réu em sessão plenária, igualmente não se mostra este suficiente para o adiamento pretendido, afinal há Ato Normativo deste Egrégio Tribunal de Justiça no sentido de que, em casos de julgamento de réus de altíssima periculosidade, como na hipótese presente, deverão a audiência e/ou a sessão plenária serem realizadas por meio de videoconferência, por questões de segurança. No mesmo sentido, há também Recomendação do CNJ, de forma a evidenciar, ainda mais a

regularidade da sessão plenária por videoconferência e a ausência de qualquer prejuízo para a defesa.

Insta salientar que a decisão que designou o júri do réu por videoconferência está em consonância com o artigo 185, §2º, inciso IV, do CPP e devidamente fundamentada.

O réu ostenta a classificação de preso de altíssima periculosidade, conforme categorização da Secretaria de Administração Penitenciária, sendo apontado como uma das lideranças da facção criminosa “Comando Vermelho”. Destarte, a realização da sessão de julgamento usando recurso de videoconferência tem o intuito de assegurar a integridade física e segurança de todos os presentes no plenário deste Juízo, bem como inviabilizar eventuais ações de resgate.

Nesse sentido, a Jurisprudência pátria está consolidada:

(...)

Portanto, diante do acima exposto, INDEFIRO o pedido de adiamento formulado pela defesa do réu Luiz Cláudio Gomes (fls. 169-171, e-doc. 56).

Como afirmado na decisão agravada, o acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da legalidade do interrogatório do réu e da inquirição de testemunhas por videoconferência. Assim, por exemplo:

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – INSTÂNCIA – SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL — ÓBICE — INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. DUPLA CONDENAÇÃO – CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA. O reconhecimento de litispendência pressupõe a existência de processos distintos, alusivos ao mesmo réu, decorrentes de imputação dos mesmos fatos criminosos. COMPETÊNCIA – PREVENÇÃO – CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA. A competência, considerada prevenção, pressupõe a prática de ato no processo ou de medida a ele relativa – artigo 83 do Código de Processo Penal. INTERROGATÓRIO – VIDEOCONFERÊNCIA – FIGURINO LEGAL – OBSERVÂNCIA. Não há ilegalidade na realização, por meio de videoconferência, de interrogatório de réu preso. (...) (HC n. 135.430, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 14.6.2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXCEPCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. (...) 2. Interrogatório por videoconferência designado pelas instâncias anteriores, nos termos do artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal, porquanto “o pavimento do fórum em que se situa a sala de audiências foi recentemente interditado por problemas estruturais do prédio”, tornando imprescindível “manter-se a segurança física de integrantes do Poder Judiciário, e das mais diversas instituições que se fariam representar no aludido interrogatório, e mesmo do público em geral, sempre presente no Fórum, de forma a prevenir um eventual, possível e indesejado desabamento, com possibilidade inclusive de vítimas fatais”. (...) 4. Agravo regimental conhecido e não provido (HC n. 144.541-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15.12.2017).

8. Tampouco prospera a alegação de ilegitimidade da prova emprestada por ter sido produzida fora do contraditório instituído entre as partes e sem a presença do juiz da causa. Este Supremo Tribunal já pacificou o entendimento quanto à validade da prova emprestada no processo penal. Assim, por exemplo:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO (ARE n. 1.128.257-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 17.6.2020).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO FEITO. PRECEDENTES. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DESTA CORTE PROFERIDO NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILICITUDE DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE

IRREGULARIDADES NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL E UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. MERA IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (ARE n. 1.242.767- AgR, Relator O Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.2.2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM INQUÉRITO, AUTUADO COMO PETIÇÃO. INTERESSE RECURSAL. PROVA EMPRESTADA. COMPARTILHAMENTO. ADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA. REQUISITOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Autorizado o traslado de acervo probatório oriundo de medida cautelar penal implementada em desfavor do agravante, é de se reconhecer seu interesse jurídico em impugnar a respectiva decisão pela via recursal. 2. Considerada a tramitação pública do processo originário no momento da decisão de compartilhamento, a análise quanto à admissibilidade da prova emprestada está condicionada aos critérios previstos na legislação, que funcionam como filtro ao direito constitucional à prova. 3. Pertinência e relevância são critérios lógicos de admissibilidade cuja análise, no sistema processual vigente, cabe à autoridade judiciária responsável pela condução do processo onde ocorrerá a posterior valoração da prova emprestada. 4. A hipótese investigatória aventa a possível existência, nos autos da ação cautelar, de provas capazes de indicar possíveis beneficiários de vantagens indevidas, estimadas em US\$ 100.000.000,00, que teriam sido remetidas a um “paraíso fiscal” e posteriormente revertidas em favor de alguns investigados. 5. Razões recursais insuficientes para, nesta fase procedimental, inviabilizar o traslado e a admissão da prova, que deverá ser submetida ao contraditório judicial no tempo e modo previstos na legislação processual. 6. Agravo regimental conhecido e não provido (Pet n. 9.997, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 7.12.2021)

Confirmam-se também os seguintes precedentes: HC n. 102.293, Relator o Ministro Ayres Brito, Segunda Turma, DJe 19.12.2011; HC n. 114.074, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 27.5.2013; e HC n. 137.044, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 23.11.2017, cuja ementa tem o seguinte teor:

HABEAS CORPUS - RECURSO ORDINÁRIO - SUBSTITUIÇÃO. Em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso ordinário constitucional. PROVA EMPRESTADA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Válida é a tomada de prova emprestada de outro processo-crime no qual observadas as

balizas da Lei de regência da interceptação telefônica de nº 9.296/1996 (HC n. 137.044, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 23.11.2017).

9. Os argumentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

10. *Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.*

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.356.720/
RIO DE JANEIRO**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): LUIS CLAUDIO GOMES

ADV.(A/S): EDUARDO MARZOLLO NEVES (110677/RJ)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, Sessão Virtual de 11.2.2022 a 18.2.2022.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



**REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL
NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
Nº 635 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES
E CARENTES**

ADV.(A/S): WALLACE DE ALMEIDA CORBO

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: JUSTIÇA GLOBAL

ADV.(A/S): DANIELA FICHINO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO

ADV.(A/S): MARCOS ROBERTO FUCHS

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): RODRIGO FILIPPI DORNELLES

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO REDES DE DESENVOLVIMENTO DA MARÉ

ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO

AM. CURIAE.: MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA

ADV.(A/S): MARCELO DIAS

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO-ISER

ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

AM. CURIAE.: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH

ADV.(A/S): EVERALDO BEZERRA PATRIOTA

AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS

AM. CURIAE.: COLETIVO PAPO RETO

AM. CURIAE.: MOVIMENTO MÃES DE MANGUINHOS

AM. CURIAE.: REDE DE COMUNIDADES E MOVIMENTOS CONTRA A VIOLÊNCIA

AM. CURIAE.: FALA AKARI

AM. CURIAE.: INICIATIVA DIREITO À MEMÓRIA E JUSTIÇA RACIAL

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

EMENTA

REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. *PERICULUM IN MORA*. CONCESSÃO DA MEDIDA.

1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamento que impõe plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial.

2. A permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores, fundamentam o receio de que a medida, caso concedida apenas ao fim do processo, seja ineficaz.

3. Medida cautelar deferida para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que

devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *em sessão plenária virtual de 26 de junho a 4 de agosto de 2020*, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em referendar a medida cautelar deferida “para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

Brasília, 5 de agosto de 2020.

MINISTRO EDSON FACHIN

Relator

05/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 635 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.: EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES
ADV.(A/S): WALLACE DE ALMEIDA CORBO
AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.: JUSTIÇA GLOBAL
ADV.(A/S): DANIELA FICHINO
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO
ADV.(A/S): MARCOS ROBERTO FUCHS
ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY
ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS
ADV.(A/S): RODRIGO FILIPPI DORNELLES
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO REDES DE DESENVOLVIMENTO DA MARÉ
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO
AM. CURIAE.: MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA
ADV.(A/S): MARCELO DIAS
AM. CURIAE.: INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO-ISER
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
AM. CURIAE.: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH
ADV.(A/S): EVERALDO BEZERRA PATRIOTA
AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
AM. CURIAE.: COLETIVO PAPO RETO
AM. CURIAE.: MOVIMENTO MÃES DE MANGUINHOS
AM. CURIAE.: REDE DE COMUNIDADES E MOVIMENTOS CONTRA A VIOLÊNCIA
AM. CURIAE.: FALA AKARI
AM. CURIAE.: INICIATIVA DIREITO À MEMÓRIA E JUSTIÇA RACIAL
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB a fim de que sejam reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

O Partido requerente defende, inicialmente, o cabimento da arguição, nos termos do que formulou o PSOL na ADPF nº 594.

Invoca, como preceitos fundamentais, a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

Alega que a política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro viola a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil, de modo especial o direito à vida. Defende que “em vez de proteger e promover o direito à vida das pessoas, as estatísticas comprovam que tal política estimula a letalidade da atuação das forças de segurança, por meio, e.g., da utilização de helicópteros como plataformas de tiro e da extinção da gratificação que servia como incentivo à diminuição de mortes cometidas por policiais” (eDOC 1, p. 22).

Sustenta que também há ofensa à dignidade da pessoa humana, porquanto em nome de alcançar “fins maiores” almejados pelo Poder Executivo, instrumentaliza-se a pessoa humana, como se as mortes decorrentes de intervenção policial pudessem ser toleradas.

Afirma que, “na ordem constitucional brasileira, segurança pública não é guerra contra o inimigo a ser exterminado” (eDOC 1, p. 25). Alega que (eDOC 1, p. 26):

(...) não são observadas leis que impõem obrigações relevantes às forças de segurança, como a presença de ambulâncias e de equipes de saúde nas operações e a instalação de equipamentos de GPS e câmeras em todas as viaturas policiais. Há protocolos de atuação das polícias que não são sequer publicizados, o que impede o controle da atuação desses órgãos pela sociedade. Tampouco existe planejamento que leve em conta as evidências estatísticas referentes à alta letalidade da atuação policial no estado, à necessidade de aperfeiçoamento do treinamento dos policiais fluminenses e à melhoria das suas condições de trabalho. Em outras palavras, não há efetiva segurança pública, nos termos em que delineada pela Constituição.

Narra que são praticadas diversas ações que configurariam, em tese, ofensa ao direito à privacidade, pois haveria “relatos de utilização irregular de imóveis privados como bases operacionais das forças de segurança, com a construção de seteiras improvisadas nas paredes das casas dos moradores para colocação de armas de fogo” (eDOC 1, p. 26).

No que se refere ao impacto desproporcional das medidas, afirma que as medidas adotadas no âmbito da política de segurança pública prejudicam especialmente a população negra. Traz relatórios produzidos pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública que indicam que 75,5% das vítimas de homicídios são indivíduos negros, tendo havido um aumento, entre 2007 e 2017, da ordem de 11,5%. Ainda de acordo com a inicial, são também os negros as principais vítimas da violência policial. Entre os mais de seis mil homicídios provocados pelas polícias em todo o Brasil no ano de 2018, 75,4% eram negros. Daí aponta que (eDOC 1, p. 32):

Tendo em vista que 67% dos moradores de favelas são negros, e que o Estado do Rio de Janeiro é o único da região Sudeste com mais de 10% de sua população vivendo nessas comunidades, 81 não há dúvidas de que a atuação extremamente violenta das polícias fluminenses em tais lugares afeta de modo particularmente grave esses indivíduos. Afinal, são tais pessoas, já marginalizadas por sua condição socioeconômica e pelos efeitos devastadores do racismo, que convivem diariamente com tiros, balas perdidas e caveirões – terrestres ou aéreos –, e que sofrem na pele o embrutecimento cada vez maior do projeto de segurança daquele ente federativo.

Relativamente à prioridade absoluta, o Partido aponta que o Brasil possui uma das maiores taxas de homicídios de jovens em todo o mundo. No que se refere ao Rio de Janeiro (eDOC 1, p. 34):

De acordo com estudo organizado por Flávia Vastano Manso e Luciano de Lima Gonçalves, somente em 2017, 635 crianças e adolescentes foram assassinados no Estado do Rio de Janeiro, sendo que, para as vítimas adolescentes, mais de um quarto dessas mortes (28,6%) foram provocadas por intervenção policial. 90 Vale destacar que, segundo os pesquisadores, esse número resulta do crescimento de 68% na taxa de mortes de menores no Rio, entre 2007 e 2017.

Para além dos riscos relacionados à incolumidade física, o requerente defende que a violência produz efeitos danosos à saúde mental e compromete o aprendizado de crianças e adolescentes.

Com base nesses argumentos, defende que o Supremo Tribunal Federal determine: (i) a formulação de plano de redução da letalidade policial e de controle de violações de direitos humanos, como forma de solucionar violações sistêmicas de direitos fundamentais, além de atender à providência reclamada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*; (ii) a vedação ao uso de helicópteros como plataformas de tiro ou instrumentos de terror, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001; (iii) a obrigatoriedade de que os órgãos do Poder Judiciário, ao expedir ordem de busca e apreensão, indiquem, de forma mais precisa possível, o local, o motivo e o objetivo da diligência, sendo que o cumprimento dos mandados deve se dar durante o dia e amparado em “causas robustas”; (iv) a determinação para que haja ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais, conforme previsão constante da Lei Estadual nº 7.385/2016; (v) o reconhecimento de que a realização de operações em perímetros nos quais estejam localizadas escolas e creches deve observar a absoluta excepcionalidade; (vi) a publicização de todos os protocolos de atuação policial; (vii) a instalação de equipamentos de GPS e de sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais, conforme determinação da Lei Estadual nº 5.443/2009; (viii) a compatibilização das perícias com parâmetros normativos; (ix) o aprimoramento das investigações de possíveis crimes cometidos por policiais, ante “quadro de absoluta falência das investigações conduzidas pela própria polícia, gerando a impunidade generalizada, em desfavor dos direitos humanos das vítimas dos abusos policiais” (eDOC 1, p. 74); (x) a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, que excluiu do cálculo da gratificação de combate à letalidade policial os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial; (xi) a vedação a órgãos e agentes públicos do Estado do Rio de Janeiro de manifestações e expressões que incentivem a letalidade policial.

Requer, em sede cautelar (eDOC 1, p. 84-89):

a) Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para a sua implementação. Tal plano deverá contemplar obrigatoriamente, no mínimo, (i) medidas voltadas à melhoria do treinamento dos policiais, inclusive em programas de reciclagem, e que contemplem a sensibilização para a necessidade de respeito aos direitos humanos e para a questão do racismo estrutural; (ii) elaboração de protocolos públicos de uso proporcional e progressivo da força, em conformidade com a Constituição e com os parâmetros internacionais, especialmente aqueles previstos nos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos

Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; (iii) elaboração de protocolos públicos de abordagem policial e busca pessoal, com vistas a minimizar a prática de filtragem racial; (iv) medidas voltadas a melhorar as condições de trabalho dos agentes de segurança; (v) providências destinadas a resolver o problema da ausência ou insuficiência de acompanhamento psicológico dos policiais; e (vi) previsão de afastamento temporário, das funções de policiamento ostensivo, dos agentes envolvidos em mortes nas operações policiais.

a.1) Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que, durante a elaboração do plano, oportunize a apresentação de manifestações pela sociedade civil, bem como, ao menos, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

a.2) Submeter o plano ao escrutínio da sociedade civil, por meio da convocação de audiência pública, a ser realizada na cidade do Rio de Janeiro, logo depois de findo o prazo mencionado no item “a”.

a.3) Submeter o plano ao Plenário deste STF, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares que a Corte reputar necessárias para a superação do quadro de violações sistemáticas a direitos fundamentais nas políticas de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

a.4) Monitorar a implementação do plano, com o auxílio dos órgãos mencionados no item “a.1”, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considerem sanadas as inconstitucionalidades aqui apontadas.

b) Determinar que o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de utilizar helicópteros como plataformas de tiro ou instrumentos de terror, com a consequente suspensão da eficácia do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001, e reconhecimento da reprimenda dos efeitos do art. 4º do Decreto Estadual nº 20.557/1994.

c) Determinar que os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ao expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, indiquem, da forma mais precisa possível, o lugar, o motivo e o objetivo da diligência, vedada a expedição de mandados coletivos ou genéricos.

d) Determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente policial: (i) a diligência, no caso de cumprimento de mandado judicial, deve ser realizada somente

durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (ii) a diligência, quando feita sem mandado judicial, deve estar lastreada em causas prévias e robustas que indiquem a existência de flagrante delito, não se admitindo que informações obtidas por meio de denúncias anônimas sejam utilizadas como justificativa exclusiva para a deflagração de ingresso forçado a domicílio; (iii) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (iv) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam, proibindo-se a prática de utilização de domicílios ou de qualquer imóvel privado como base operacional das forças de segurança, sem que haja a observância das formalidades necessárias à requisição administrativa.

e) Determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais.

f) Determinar que os agentes de segurança e profissionais de saúde preservem todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação.

g) Determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais,

tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.

h) Determinar a suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial, inclusive do Manual Operacional das Aeronaves pertencentes à frota da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

i) Determinar a obrigatoriedade de se elaborar, armazenar e disponibilizar relatórios detalhados ao fim de cada operação policial, que deverão contemplar, pelo menos, (i) o objetivo da operação; (ii) os horários de início e término da incursão; (iii) a identificação da autoridade responsável pela ordem e do comandante da execução e fiscalização da operação, para fins de reconstituição da cadeia de comando e de atribuição de responsabilidades; (iv) os nomes e as matrículas dos agentes envolvidos na incursão; (v) o tipo e o número de munições consumidas, de modo individualizado; (vi) as armas e os veículos utilizados; (vii) o material apreendido, com indicação da quantidade; (viii) a identificação das pessoas mortas (policiais ou não), ainda que não se conheça a autoria do homicídio; (ix) os nomes das pessoas detidas e dos adolescentes apreendidos; e (x) a indicação das buscas domiciliares realizadas, com ou sem mandado judicial.

j) Determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

k) Determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de *backup*.

O dever de documentar a perícia de local e o exame de necropsia inclui o registro fotográfico de todas as peças de roupa, objetos pessoais e demais provas conexas, assim como abrange a realização de fotografias do cadáver antes e depois de despi-lo, lavá-lo, barbeá-lo ou cortar-lhe os cabelos.

l) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que instaure procedimentos investigatórios autônomos nos casos de mortes e demais violações a direitos fundamentais cometidas por

agentes de segurança, dotando-se da necessária estrutura para conduzir com eficiência essas investigações.

m) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e às polícias civil e militar fluminenses que, nas suas respectivas investigações, diligenciem no sentido de ouvir a vítima e/ou os seus familiares, assegurando-lhes a possibilidade de apresentar declarações, prestar informações, indicar meios de prova e sugerir diligências, devendo avaliá-las fundamentadamente, bem como notificá-las, do modo que for mais conveniente a essas pessoas, sobre o eventual arquivamento do procedimento investigatório.

n) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e às polícias civil e militar fluminenses que, nas investigações de mortes e abusos possivelmente cometidos por policiais, priorizem a tramitação dos procedimentos cujas vítimas sejam crianças ou adolescentes.

o) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que designe, ao menos, um(a) promotor(a) de Justiça para fins de atendimento, em regime de plantão, de demandas relacionadas ao controle externo das polícias fluminenses, bem como que confira ampla divulgação da existência do serviço, inclusive no seu sítio eletrônico, para que os cidadãos possam saber a quem devem recorrer para denunciar eventuais abusos e violações de direitos pelas forças de segurança durante operações policiais.

p) Determinar a suspensão do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, que excluiu, do cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias, os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial.

q) Determinar ao governador do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos órgãos e agentes públicos estaduais, que se abstenham de se manifestar de qualquer forma que incentive diretamente a letalidade policial.

No mérito, requer (eDOC 1, p. 89):

a) Confirmar, em caráter definitivo, todas as providências listadas nos tópicos “a” a “q”, supra;

b) Declarar a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001, com o reconhecimento da repristinação dos efeitos do art. 4º do Decreto Estadual nº 20.557/1994, de modo a vedar o uso de helicópteros como plataformas de tiro e instrumentos de terror; e

c) Declarar a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, de modo a reinserir, no cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias, os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial.

d) Em relação aos requerimentos “b” e “c” supra, caso esta Corte considere-os impróprios para ADPF, espera o Arguente sejam eles admitidos como pedidos cumulativos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgando-os do mesmo modo procedentes.

Em manifestação, a Advocacia-Geral da União defendeu o não conhecimento da arguição e, no mérito, a improcedência do pedido. O parecer foi assim ementado (eDOC 43):

Constitucional. Lesões a preceitos fundamentais das atribuídas ao Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial. Preliminares. Inviabilidade de uso de ADPF como sucedâneo de intervenção federal. Ausência de indicação adequada dos atos do poder público para fins de controle via ADPF. Inobservância do princípio da subsidiariedade. Impossibilidade de atuação desse Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Mérito. Jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal Federal limita até mesmo a autoridade do Constituinte local para exigir o cumprimento de planejamentos detalhados pelos Governadores de Estado. Em razão disso, viola o princípio da separação de poderes determinação de origem judicial que imponha a execução de planejamentos semelhantes. Ausência dos requisitos necessários ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Não incumbe ao Poder Judiciário definir o conteúdo próprio das políticas públicas, notadamente os detalhes dos meios a serem empregados para sua consecução. A liberdade de expressão e de manifestação do pensamento é constitucionalmente garantida a todos, inclusive aos agentes políticos em posição de chefia dos poderes públicos, não comportando minimização prévia. Impossibilidade de prolação de ordem judicial com conotação inibitória. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro prestou informações relativamente aos pedidos que estariam no âmbito de sua competência funcional.

Informou que existe no Ministério Público o Grupo Especializado em Segurança Pública, que “não possui atribuição originária para instauração de Procedimentos

Investigatórios Criminais (...), atuando apenas mediante pedido de auxílio” (eDOC 45, p. 2). afirmou, ainda:

Como metodologia de trabalho, os membros do grupo atuam diretamente nas investigações, sendo de hábito colher declarações de parentes das vítimas, dos próprios policiais envolvidos no fato, eventuais testemunhas e possíveis sobreviventes. Por vezes, os inquiridos apenas são devolvidos à Delegacia para diligências que não podem ser cumpridas sem o apoio policial, como na reprodução simulada dos fatos.

Em casos com maior complexidade, ou quando vítimas e testemunhas demonstram receio em prestar declarações à polícia, ou ainda quando se trata de investigação envolvendo integrantes da Polícia Civil, são instaurados Procedimentos Investigatórios Criminais – PIC que, ou tramitam de forma autônoma, ou de maneira complementar ao Inquérito Policial.

Esta, aliás, foi a metodologia utilizada em casos como “Chacina do Salgueiro”, “Chacina do Fallet Fogueteiro” e no “Caso Ágatha”, tendo obtido resultados proveitosos e seguros para o desenrolar do contexto investigatório.

No que se refere ao pedido para que sejam instaurados procedimentos autônomos para cada morte ou violação de direitos fundamentais cometidos por agentes de forças de segurança, no momento, a dinâmica implantada pelo Ministério Público se revela ajustada aos protocolos e todas as orientações prescritas para a preservação de uma investigação eficaz e, sobretudo, objetivando o resguardo dos Direitos Humanos.

A par do contexto acima frisado, obviamente, cada Promotor de Justiça dentro da sua esfera de atuação tem pela própria tessitura das suas atribuições, a mais plena capacidade e efetividade para a instauração e desenvolvimento das atividades investigatórias.

Noticia ainda o Ministério Público que já há determinação prioritária de procedimentos investigatórios e processos criminais e infracionais que visem a apuração e responsabilização de crimes dolosos com resultado morte e por vítimas crianças e adolescentes, a indicar, no entender do Ministério Público, alinhamento às preocupações em conferir pronta resposta aos pedidos da Sociedade.

No que tange à determinação de manutenção de plantão, afirma que (eDOC 45, p. 4):

O Ministério Público é dotado de uma Ouvidoria-Geral, com regime de plantão diário e por meio eletrônico, 24 horas.

Outrossim, também é plenamente possível e estimulado o franco acesso ao GAESP, bem como a Promotoria de Justiça junto à Auditoria Militar.

Last but not least, qualquer Cidadão poderá procurar o Promotor de Justiça de sua região para denúncias sobre abusos e violações praticados por agentes de segurança e no período noturno, finais de semana e feriados, há membros do Ministério Público designados para Plantão Judiciário e nas audiências de custódias, sem que haja qualquer óbice para que recebam denúncias e adotem providências que se revelem necessárias e pertinentes à proteção da dignidade do Indivíduo.

Por fim, informa que diversos procedimentos cíveis foram abertos a fim de se apurar o sucateamento das polícias e a falta de cumprimento das leis que obrigam a presença de ambulâncias e a instalação de equipamentos de GPS.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro também defendeu o não conhecimento da demanda.

Sustenta, inicialmente, a inadequação da via eleita, porquanto, em seu entender, a “petição inicial demonstra claramente a sua finalidade política e não jurídica” (eDOC 63, p. 4).

Afirma, ainda, que o pedido é genérico e indeterminado, sendo que “sequer houve a demonstração de casos concretos que ilustrassem todo o alegado” (eDOC 63, p. 6).

Também não seria possível conhecer da ação, segundo o i. Governador, porque a petição inicial “deduz pedidos juridicamente impossíveis à luz da ordem constitucional” (eDOC 63, p. 8). Seriam impossíveis, em seu entender: (i) o pedido para restringir a forma pela qual o Poder Executivo utiliza os aparatos policiais, em razão do princípio da separação de poderes; (ii) a elaboração de um plano com parâmetros objetivos em “desrespeito à vontade da população fluminense, que o elegeu como representante”; (iii) a censura do Chefe do Poder Executivo; (iv) a adoção de padrões de conduta por parte de órgãos do Poder Executivo, em violação da separação de poderes e em usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo; (v) a adoção de padrões de atuação e de ordens para o Ministério Público, em ofensa à sua independência funcional.

Aponta inépcia da inicial, a inviabilizar, por outra razão, o conhecimento da demanda, em relação à incongruência cronológica entre a publicação dos Decretos n^{os} 27.795/2001 e 46.775/2019 e os argumentos acolhidos da inicial.

Aduz que não há subsidiariedade para a propositura da arguição, porquanto o requerente poderia propor outras ações no âmbito local. Cita, como exemplo, a ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que objetivava a

reformulação da política de segurança pública adotada no Complexo da Maré. Informa que “no bojo dessa mesma Ação Civil Pública (...) foi realizado um TAC entre o Estado do Rio de Janeiro, a Polícia Militar e o MP para regular a atividade policial, tendo por objeto os mesmos pedidos realizados na presente ADPF” (eDOC 63, p. 19).

No mérito, o Governador do Estado do Rio de Janeiro manifestou-se pela improcedência da arguição. Afirma que não há ofensa a preceito fundamental, mas, ao contrário, cumprimento pleno do papel do Estado na repressão ao crime organizado, ao tráfico de drogas, ao roubo de cargas e a “um regime de terrorismo urbano que os criminosos vinham impondo à população fluminense, sobretudo os mais humildes que residem em comunidades carentes” (eDOC 63, p. 23).

Alega que a política adotada é de tolerância zero com o crime e que o Chefe do Poder Executivo tem plena competência e liberdade para proferir discursos oficiais em nome do Estado, sendo que “proibir essas atuações é censurar inconstitucionalmente” o Governador do Estado.

Sustenta que a política de segurança pública adotada é eficiente e que logrou reduzir o número de homicídios dolosos. Reafirma o compromisso do Estado com a proteção dos direitos humanos e alega que os indivíduos eventualmente flagrados cometendo crimes são presos e recebem o tratamento previsto em lei.

Adverte, por fim, que a procedência da arguição implicaria ofensa ao preceito fundamental da separação de poderes, às regras e aos limites orçamentários e, finalmente, à independência funcional do Ministério Público.

O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, por sua parcial procedência (eDOC 75):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.
DIREITO CONSTITUCIONAL. POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA.
ATOS DO PODER PÚBLICO. MÓVEL. ATO ADMINISTRATIVO.
HIERARQUIA. PODER EXECUTIVO. ATOS NORMATIVOS. DESVIO
DE FINALIDADE. CUMPRIMENTO. LEI. ORDEM JUDICIAL. OMISSÃO
INJUSTIFICADA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO. ATUAÇÃO.
PERSPECTIVA LOCAL E REGIONAL. DEFERÊNCIA.

1. É inadmissível a ADPF quando existir outro meio eficaz para neutralizar, de maneira ampla, geral e imediata, a situação de lesividade ao preceito fundamental, em razão de sua subsidiariedade (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º).

2. É incabível a ADPF, também em razão de seu caráter subsidiário, quando, em relação à providência requerida, é verificada a atuação eficiente do Ministério Público local para preservação de direitos e garantias fundamentais reputados violados, com o uso de

instrumentos resolutivos e judiciais, e para o controle externo da atividade policial (CF/1988, art. 129, VII).

3. Na produção de ato administrativo, zonas de indeterminabilidade conceitual dão margem ao exercício de discricionariedade, cujo conteúdo há de ser dotado de juridicidade funcional, sob pena de invalidade.

4. O Decreto estadual 46.775/2019, em conjunto com a ampla utilização da autorização prevista no Decreto 27.795/2001 e com as declarações públicas do Governador do Estado do Rio de Janeiro, evidenciam desvio de finalidade nas práticas administrativas adotadas em matéria de segurança pública na localidade, afrontando os preceitos fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III) e da vida (art. 5º, *caput*).

Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, pela procedência parcial.

Foram admitidos como *amici curiae* a Educafro, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Justiça Global.

O julgamento da medida liminar foi indicado à pauta do plenário virtual (Pauta nº 41/2020). Na referida sessão, propus a concessão parcial da medida, em voto que tinha o seguinte dispositivo:

1. Indeferir, por ora, o pedido de medida cautelar, no que tange à ordem, para “determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para a sua implementação”, constante do item “a” da p. 84 da inicial.

2. Deferir a medida cautelar pleiteada, em menor extensão, para dar interpretação conforme o art. 2º do Decreto 27.795, de 2001, a fim restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas nos casos de observância da estrita necessidade, comprovada por meio da produção, ao término da operação, de relatório circunstanciado.

3. Indeferir, por ora, os pedidos formulados na inicial e indicados nas alíneas “c” (determinar que os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ao expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, indiquem, da forma mais precisa possível, o lugar, o

motivo e o objetivo da diligência, vedada a expedição de mandados coletivos ou genéricos) e “d” (determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas diretrizes constitucionais) da petição.

4. Indeferir, por ora, o pedido veiculado na alínea “e” (“determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais”), sem prejuízo do reconhecimento do direito de todo indivíduo ferido ou afetado receber assistência médica o mais breve possível.

5. Deferir a medida cautelar requerida para determinar que o Estado do Rio de Janeiro oriente seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação.

6. Deferir a medida cautelar para acolher o pedido formulado na alínea “k”, para determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de *backup*.

7. Indeferir, apenas por ora, o pedido para se determinar a elaboração de ato administrativo que regulamente o envio de informações relativas às operações policiais pelos agentes policiais ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, conforme item “i” da petição inicial.

8. Deferir o pedido formulado na alínea “g” a fim de determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento

de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.

9. Indeferir, ante possível perda de objeto, o pedido de suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial, inclusive do Manual Operacional das Aeronaves pertencentes à frota da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

10. Indeferir, apenas por ora, o pedido formulado pelo Partido requerente constante da alínea “j” da inicial (determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos).

11. Deferir os pedidos cautelares veiculados nas alíneas “l”, “m”, “n” e “o”, a fim de reconhecer que *sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente*. A investigação, por sua vez, deverá atender ao que exige o Protocolo de Minnesota, em especial no que tange à oitiva das vítimas ou familiares e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças. Ademais, por ser função essencial do Estado, acolho também o pedido para determinar que, em casos tais, o Ministério Público designe um membro para atuar em regime de plantão.

12. Deferir o pedido formulado pelo Partido requerente, para suspender a eficácia do art. 1º do Decreto nº 46.775, de 23 de setembro de 2019.

13. Não conhecer do pedido veiculado na alínea “q” da inicial.

O julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista do e. Ministro Alexandre de Moraes.

Em 26.05.2020, o Partido requerente, em razão da pandemia do coronavírus e de notícias de operações policiais que, em seu entender, não seguiam os protocolos de uso legítimo da força, requereu a concessão de medida cautelar incidental, a fim de que fossem restringidas as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro.

Em 05.06.2020, deferi a medida incidental nos seguintes termos:

Trata-se de pedido de medida cautelar formulado pelo Partido requerente desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que sejam concedidas *monocraticamente* todas as medidas cautelares deferidas no voto já proferido por ocasião da submissão do julgamento da medida cautelar ao Plenário Virtual, assim como a concessão da ordem para: (i) que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Contrapondo as razões trazidas por este Relator quando do lançamento do voto no plenário virtual, postulam, ainda, sejam também concedidas, monocraticamente, as medidas previstas na petição inicial nos itens (a) sobre a elaboração de plano de redução de letalidade policial; (e) sobre a presença obrigatória de ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais; e (j) sobre a instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

O pedido é justificado não apenas à luz das razões que foram acolhidas quando do lançamento do voto para o plenário virtual, mas também pela urgência qualificada ser ilustrada por casos recentes que foram trazidos à colação. Sobre eles, narra o Partido requerente o seguinte (eDOC 124):

No dia 15 de maio último, uma operação conjunta do BOPE (Batalhão de Operações Policiais Especiais) da Polícia Militar e da Desarme (Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos) da Polícia Civil no Complexo do Alemão resultou em 13 (treze) mortes, interrupção da energia elétrica por 24 horas e impediu a ajuda humanitária de entrega de doações de alimentos, água e material de higiene e limpeza, além de causar destruição e terror aos moradores em plena quarentena na pandemia.

Policiais levaram 5 corpos para o hospital, a pretexto de prestar socorro, repetindo a prática de desfazimento da cena das mortes, e prejudicando a realização de perícia de local. Outros 5 corpos foram levados pelos próprios moradores da parte alta do morro para a via principal, pois a polícia se recusou a removê-los, tendo sido removidos somente à noite. Movimentos sociais e ativistas, como Raul Santiago e Rene Silva reportaram, ainda, ter recebido relatos de torturas, invasões de domicílio e danos patrimoniais provocados pelo “caveirão”.

(...)

Em 18 de maio de 2020, apenas três dias após a chacina do Alemão, uma operação da Polícia Federal com apoio das polícias fluminenses, especialmente da CORE (Coordenadoria de Recursos Especiais) da Polícia Civil, foi realizada na Praia da Luz, Ilha de Itaoca, na cidade de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro. A operação, que contou com veículos blindados e aeronaves, resultou na morte de João Pedro Mattos Pinho, de apenas 14 anos de idade.

O menino estava na casa de sua tia, na companhia de seu primo da mesma idade e outros quatro adolescentes, quando a casa foi invadida por policiais com disparos de arma de fogo – foram contadas mais de 70 marcas de tiros – e explosivos, vindo a ser atingido por tiro de fuzil. Em seguida, dois jovens que estavam na casa levaram o corpo do menino até o helicóptero policial, que o conduziu a uma base de operações aéreas na zona sul do Rio de Janeiro, mas já chegou morto.

À família não foi permitido sequer acompanhar o traslado na aeronave, tendo permanecido por horas sem qualquer informação sobre o paradeiro do menino. A procura por João Pedro mobilizou uma campanha nas redes sociais, com a *hashtag* #procurasejoapedro no *Twitter*, com mais de 140 mil postagens com a frase compartilhada. Somente à noite a família foi comunicada da morte e, na manhã do dia seguinte, foi localizado e reconhecido o corpo de João Pedro no Posto Regional de Polícia Técnica e Científica do Município de São Gonçalo.

(...)

No mesmo dia da morte de João Pedro, por volta das seis horas da manhã, policiais do BOPE e do Batalhão de Choque da Polícia Militar iniciaram operação na Favela de Acari. Segundo Buba Aguiar, integrante do coletivo Fala Akari, “[f]oi uma operação de um cunho bem violento. A gente recebeu algumas mensagens de moradores falando sobre invasões de domicílios, agressões físicas a moradores”. Na ocasião, Iago César dos Reis Gonzaga, de 21 anos, foi morto por agentes de segurança. De acordo com moradores, o jovem negro foi torturado em um beco, baleado, depois enrolado em um lençol e levado por policiais.

O Partido afirma, ainda, que o número de operações policiais vem crescendo no Estado do Rio de Janeiro desde abril de 2020 e que também tem aumentado a letalidade policial.

É, em síntese, o relato. Decido.

Tendo em conta que o julgamento da medida cautelar está suspenso em virtude do pedido de vista do e. Ministro Alexandre de Moraes, restrinjo-me, por ora, ao exame do requerimento para que as operações policiais somente sejam feitas nos casos de estrita necessidade, devidamente comprovadas. O pedido de medida cautelar, tal como formulado na inicial, será, a tempo e modo, apreciado pelo Colegiado, seja a partir do voto deste Relator, seja em extensão maior.

Quanto ao pedido incidental, anoto, inicialmente, que as condicionantes indicadas no pedido de medida cautelar são, em verdade, meros requisitos de proporcionalidade, quando do emprego da força pelo Estado. Vale dizer: o uso da força só é legítimo se for comprovadamente necessário para proteção de um bem relevante, como a vida e o patrimônio de outras pessoas.

A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção ao direito à vida e à integridade corporal e encontra respaldo nos Princípios Básicos das Nações Unidas para o Uso da Força:

Sempre que o uso legítimo da força e de armas de fogo for inevitável, os responsáveis pela aplicação da lei deverão: (a) Exercer moderação no uso de tais recursos e agir na proporção da gravidade da infração e do objetivo legítimo a ser alcançado; (b) Minimizar danos e ferimentos, e respeitar e preservar a vida humana; (c) Assegurar que qualquer indivíduo ferido ou afetado receba assistência

e cuidados médicos o mais rápido possível; (d) Garantir que os familiares ou amigos íntimos da pessoa ferida ou afetada sejam notificados o mais depressa possível.

É preciso acrescentar que o uso da força letal não se confunde com uso intencional da força letal, isto é, o uso com o objetivo de retirar a vida de alguém. Devem, pois, ser ainda mais rígidas as condições para emprego de força letal. Como estabelece o Princípio 9, o uso intencional letal de arma de fogo só pode ser feito quando estritamente indispensável para proteger a vida do agente ou de outros. E, nessas circunstâncias, é necessário, ainda, que o agente do Estado (a) identifique-se inequivocamente como tal; e (b) alerte que irá utilizar a arma de fogo, dando tempo para que a pessoa respeite o comando, salvo quando, pelas circunstâncias concretas, tal aviso aumente os riscos para outras pessoas ou seja nitidamente sem propósito.

A garantia da observância desses procedimentos é também estabelecida nos Princípios. Os Estados devem prever uma escala com diversos protocolos sobre o uso da força, devem rever esses protocolos constantemente e devem, ainda, treinar os seus agentes de modo a assegurar a eles pleno conhecimento e condições técnicas para observá-los estritamente. Essas regras devem (a) especificar as circunstâncias nas quais os agentes poderão portar armas e a descrição de quais armas e munições poderão ser portadas; (b) assegurar que as armas sejam utilizadas apenas em situações apropriadas e de modo a reduzir danos desnecessários; (c) proibir o uso de armas e munições que causem dano injustificável ou que apresentem riscos injustificáveis; (d) regular o controle, o depósito e a entrega das armas aos agentes, de modo a certificar-se que são eles responsáveis pelas armas que lhes foram entregues; (e) dar avisos sempre que a arma foi disparada; (f) manter um sistema de relatórios para que os agentes possam justificar sempre que a arma for utilizada.

Nesse último ponto reside uma garantia indispensável, ainda que posterior, à utilização da arma de fogo. Os agentes de Estado devem minudentemente justificar todas as circunstâncias que os levaram ao emprego da arma e devem demonstrar que a exceção de seu emprego está plenamente justificada pelas circunstâncias do caso. Esses relatórios devem ser examinados por autoridade independente e, em casos de letalidade, devem ser enviados imediatamente à revisão.

São, portanto, extremamente rígidos os critérios que autorizam o uso legítimo de força armada por partes dos agentes de Estado. Esses critérios não podem ser relativizados, nem excepcionados. São critérios objetivos e, tal como assentou a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Graham v. Connor* (490 U.S. 386 (1989)), independem de eventual boa-fé por parte dos agentes públicos.

Não há como evitar os protocolos de conduta para o emprego de armas de fogo. O direito à vida os reclama. Exigem que o Estado somente empregue a força quando necessário e exigem a justificativa exaustiva dessas razões. Os protocolos previamente estabelecidos são o guia a ser seguido, pois, de forma transparente e responsável, definem em que situações o uso progressivo da força se tornará legitimado, ao mesmo tempo em que permitem a avaliação das justificativas apresentadas pelos agentes quando do emprego da força.

Registre-se que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo.

A situação narrada pelo pedido incidental demonstra especial gravidade da omissão do Estado brasileiro. O reconhecimento da emergência sanitária internacional obrigou os entes da federação a adotarem medidas rígidas de controle epidemiológico como quarentena e isolamento.

Se, como atesta a decisão da Corte Interamericana, os protocolos de emprego da força já eram precários, em uma situação de pandemia, com as pessoas passando a maior parte do tempo em suas casas, eles se tornam, acaso existentes, de utilidade questionável. Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa *accountability* que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos.

Os fatos recentes tornam ainda mais preocupantes as notícias trazidas sobre a atuação armada do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro. Essa preocupação decorre da ilegítima quebra de expectativa de que, com a decisão da Corte Interamericana, novas mortes não viessem a ocorrer. Como se sabe, uma das consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não repetição (Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentença

de 1º de julho de 2011. Serie C No. 227. Par. 145). Assim, é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam.

Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição.

Ante o exposto, defiro a medida cautelar incidental pleiteada, *ad referendum* do Tribunal, para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Em 13.06.2020, o Estado do Rio de Janeiro formula pedido de agravo, a fim de que seja reconhecida a ausência dos pressupostos autorizadores da medida incidental. É, em síntese, o relatório.

05/08/2020
PLENÁRIO

REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 635 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Proponho o referendo da medida cautelar deferida.

É como voto.

05/08/2020
PLENÁRIO

REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 635 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S): WALLACE DE ALMEIDA CORBO

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: JUSTIÇA GLOBAL

ADV.(A/S): DANIELA FICHINO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO

ADV.(A/S): MARCOS ROBERTO FUCHS

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): RODRIGO FILIPPI DORNELLES

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO REDES DE DESENVOLVIMENTO DA MARÉ

ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO

AM. CURIAE.: MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA

ADV.(A/S): MARCELO DIAS

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO-ISER

ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

AM. CURIAE.: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH

ADV.(A/S): EVERALDO BEZERRA PATRIOTA

AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS

AM. CURIAE.: COLETIVO PAPO RETO

AM. CURIAE.: MOVIMENTO MÃES DE MANGUINHOS

AM. CURIAE.: REDE DE COMUNIDADES E MOVIMENTOS CONTRA A VIOLÊNCIA

AM. CURIAE.: FALA AKARI

AM. CURIAE.: INICIATIVA DIREITO A MEMÓRIA E JUSTIÇA RACIAL

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB a fim de que sejam reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

Conforme relatado, invoca, como preceitos fundamentais, a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e à prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

O julgamento da medida liminar foi indicado a pauta do plenário virtual (Pauta nº 41/2020). Na referida sessão, o eminente Relator, Min. Edson Fachin, votou pela a concessão parcial da medida. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes.

Em 26.5.2020, o Partido requerente, em razão da pandemia do coronavírus e de notícias de operações policiais que, em seu entender, não seguiam os protocolos de uso legítimo da força, requereu a concessão de medida cautelar incidental, a fim de que fossem restringidas as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro.

Então, monocraticamente e nos limites dos novos fatos e argumentos aportados após o início do julgamento da medida cautelar (ADPF 635-MC), o Min. Edson Fachin deferiu a cautelar incidental, aqui em julgamento para referendo, nos seguintes termos:

- (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos

extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Nos termos assentados pelo Relator, “o uso da força só é legítimo se for comprovadamente necessário para proteção de um bem relevante, como a vida e o patrimônio de outras pessoas”, o que deve ser submetido a controle ainda mais rígido quando envolver força letal. Tal premissa é fundamentada, inclusive, em diplomas internacionais que regulam os procedimentos do uso de força por autoridades policiais.

Assim, “os agentes de Estado devem minudentemente justificar todas as circunstâncias que os levaram ao emprego da arma e devem demonstrar que a exceção de seu emprego está plenamente justificada pelas circunstâncias do caso”. Então, “esses relatórios devem ser examinados por autoridade independente e, em casos de letalidade, devem ser enviados imediatamente à revisão”.

Tal relevante postura de redução de danos se destaca em importância e relevância neste momento de emergência sanitária, pois “se, como atesta a decisão da Corte Interamericana, os protocolos de emprego da força já eram precários, em uma situação de pandemia, com as pessoas passando a maior parte do tempo em suas casas, eles se tornam, acaso existentes, de utilidade questionável”.

Vale aqui ressaltar que *a medida deferida pelo eminente Relator não acarreta uma proibição completa às operações policiais*. Como bem assentado na decisão, isso poderá ocorrer desde que com a devida justificação e submissão ao controle externo legítimo para tanto. Ou seja, o que se impôs foi a necessidade de atenção às cautelas procedimentais inerentes a situação de exceção vivenciada atualmente.

1. DADOS E ESTATÍSTICAS SOBRE A LETALIDADE POLICIAL: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA EM EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS

Inicialmente, essencial esclarecer que o uso da força e uma possibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, desde que de um modo proporcional e limitado aos casos em que realmente se mostre necessário. Na doutrina, afirma-se que “(...) polícia só é polícia porque pode, sim, usar a força, inclusive a letal. Esse conceito aceita que nem toda morte praticada por policial deve ser interpretada como abuso ou violência, mas ao mesmo tempo estabelece que, ao ser elemento definidor da polícia, o uso da força precisa ter limites e contornos muito claros. E mais, sendo a polícia, numa democracia, legitimada a usar a força por um mandato coletivo conferido pela sociedade, cabe a essa mesma sociedade discutir e questionar como esse uso da força tem se dado” (LANGEANI, Bruno; RICARDO, Carolina de Mattos. Como a polícia militar paulista usa a força letal em serviço? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 130, abr., 2017, p. 48).

Esse é o ponto fundamental. Não se está aqui a criticar indiscriminadamente a atuação das forças policiais. Existe uma grande maioria de policiais dedicados e íntegros, que buscam, do melhor modo, proteger a sociedade e reduzir a violência, inclusive ao colocar a sua própria vida e de seus familiares em risco.

O tema da letalidade policial é extremamente complexo e angustiante, pois destaca a desigualdade social de um modo evidente. Isso porque se percebe em muitos casos que a seletividade inerente ao sistema criminal se coloca nas duas pontas, tanto naqueles que morrem pelas ações policiais do Estado, quanto nas mortes dos próprios policiais durante tais ações.

O racismo estrutural da sociedade se revela potencializado nas mortes ocasionadas pelas forças policiais. Isso porque “o racismo se constitui não apenas como uma causa de exclusão ou de empobrecimento das pessoas negras; pelo contrário, o racismo caracteriza-se sobretudo como um fenômeno que promove a desumanização das pessoas negras e que produz vantagens e benefícios sociais para os integrantes do grupo racial hegemônico”. Desse modo, “não é possível pensar as formas de controle e administração dos conflitos na sociedade afastando a análise do papel cognitivo do racismo enquanto elemento articulador das maneiras de pensar os problemas sociais e de formular as respostas para essas questões políticas” (FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2020. p. 171).

Ademais, tal cenário expõe claramente as mazelas do sistema de justiça criminal em sua ponta de aplicação prática, que muitas vezes foge completamente ao controle do Judiciário ou das instituições. Na vida real das pessoas, a polícia tem um enorme poder decisório para prender, investigar e até matar. Não se quer aqui negar ou proibir isso, que em certa medida é necessário para a vida em sociedade. Contudo, *deve-se estabelecer limites, e o Estado precisa atuar ativamente para isso.*

Existem diversas normativas em âmbito nacional e internacional sobre a utilização da força por autoridades policiais. Costuma-se citar o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1979), os Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1989) e os Princípios Básicos sobre Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (1990).

Conforme descrito em relatório publicado pelo MPRJ, no Brasil, a Portaria Interministerial nº 4.226/2010 estabelece diretrizes para o uso da força pelas polícias, entre as quais a de que os agentes devem obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência no exercício da atividade policial. No Rio de Janeiro, elenca-se o Boletim de Instrução Policial nº 02/08 publicado no BOL PM 198, de 19 de novembro de 2008 e a Instrução Normativa PMERJ/EMGPM/3 nº 33, com publicação datada em 3 de julho de 2015.

Em 2015, a Anistia Internacional publicou um relatório intitulado “Você matou o meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro”

(Disponível em: https://anistia.org.br/wpcontent/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf).

Elenco alguns dados pertinentes:

- “Das 1.275 vítimas de homicídio decorrente de intervenção policial entre 2010 e 2013 na cidade do Rio de Janeiro, 99,5% eram homens, 79% eram negros e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade”. Ou seja, as pessoas que são mortas pelas forças estatais têm um perfil evidente, que expõe a seletividade do sistema criminal.

- “Ao checar o andamento de todas as 220 investigações de homicídios decorrentes de intervenção policial no ano de 2011 na cidade do Rio de Janeiro, a Anistia Internacional descobriu que foi apresentada denúncia em apenas um caso. Até abril de 2015 (mais de três anos depois), 183 investigações seguiam em aberto.” Constata-se, portanto, que as investigações oficiais sobre atos potencialmente abusivos praticados por agentes estatais é ineficiente e precisa ser aprimorada.

Entre as recomendações, a Anistia Internacional sugeriu ao Estado: “Condenar violações de direitos humanos no contexto de operações policiais, assumindo a postura pública de que execuções extrajudiciais e o uso desnecessário e excessivo de força pela Polícia não serão tolerados” e “estabelecer força-tarefa no Ministério Público com o objetivo de priorizar as investigações dos casos de homicídio decorrentes de intervenção policial, para concluir prontamente as investigações que ainda se encontram em andamento e levar os casos à Justiça quando adequado”.

Ainda sobre dados do perfil dos mortos pela letalidade policial, o *Anuário de 2019 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública* descreve: “No que tange à seletividade racial, o padrão de distribuição da letalidade policial aponta para a expressiva sobre-representação de negros entre as vítimas. Constituintes de cerca de 55% da população brasileira, os negros são 75,4% dos mortos pela polícia. Impossível negar o viés racial da violência no Brasil, a face mais evidente do racismo em nosso país” (Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. p. 62).

A letalidade policial no Brasil tem, portanto, uma cor: negros são aqueles que mais morrem. E, além disso, ela tem também uma classe social. Ainda com dados do Anuário 2019 do FBSP: “Outra característica das vítimas da letalidade policial no Brasil é sua baixa escolaridade. A partir dos dados de que dispomos, 81,5% possuíam somente o Ensino Fundamental (completo ou incompleto) quando foram mortos”.

Os números demonstram um aumento acentuado do número de mortes por intervenção de agentes do Estado no Rio de Janeiro. Conforme dados apontados em Relatório produzido pelo MPRJ: “Desde 2013, as mortes produzidas por forças de segurança no Rio de Janeiro apresentam uma tendência de crescimento. No entanto, o ritmo de crescimento se acelerou principalmente a partir de 2016. Se observarmos a série histórica mês a mês, desde 2015, vemos que o padrão da letalidade policial no Rio de Janeiro subiu alguns degraus nesse período. A média mensal do número de mortes por intervenção de agentes do Estado em 2015 foi de 54. Em 2018 foi

de 128. Em 2019, entre janeiro e agosto, a média no Rio alcançou o número de 156 vítimas por mês.”

Outros dados apresentados em relatório publicado pelo MPRJ são relevantes para a questão aqui debatida. Afirma-se que em 2018 “a polícia do Rio de Janeiro foi a mais letal do país, com uma taxa de 8,9 por 100 mil habitantes e com um quantitativo que corresponde a 23% do total da letalidade policial no Brasil”, mas o RJ “ocupava o 11º lugar entre os 27 estados da federação em relação às mortes violentas intencionais, com uma taxa de 39,1 por 100 mil habitantes, o que representa 10,1% do total observado no país”. Ou seja, “o Rio possui a polícia mais letal do Brasil, embora não esteja entre os dez estados mais violentos do país”. (Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_pontos_1.pdf)

Aqui deve-se também *destruir um mito infundado e propagado por gestores sem embasamento científico: o aumento da letalidade policial não reduz a criminalidade*. Nesse sentido, na doutrina, esclarece-se que “é interessante notar que não existe uma coincidência entre os estados com maior proporção de letalidade policial e as maiores reduções nas mortes violentas intencionais, sugerindo que os discursos que associam letalidade policial à redução da violência não possuem lastro na realidade” (BUENO, MARQUES, PACHECO, NASCIMENTO. *Análise da letalidade policial no Brasil*. In: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 2019. p. 60).

Também nesse sentido, relatório produzido pelo MPRJ, a partir da comparação de dados do número de homicídios e de mortes por intervenção policial em regiões do RJ, conclui que “a letalidade policial no Rio de Janeiro não está relacionada à variação de crimes contra a vida e contra o patrimônio” (Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_pontos_1.pdf).

Ou seja, *cientificamente é um infundado sustentar que uma atuação agressiva, com maior letalidade das Polícias, acarreta redução de criminalidade*. Não podemos aceitar um terraplanismo contrafático na gestão da Segurança Pública brasileira.

Também existem pesquisas com dados que demonstram a *inefetividade das investigações empreendidas pelo Estado nos casos de mortes provocadas por agentes policiais*, denominados como “autos de resistência”. Há muito se afirma que “os homicídios registrados sob a rubrica dos autos de resistência não são devidamente investigados, havendo uma tendência hegemônica ao arquivamento, marcada pela preponderância da versão policial original fundamentada em não mais do que a ‘fé pública’ depositada nesses agentes e formulações depreciativas sobre a conduta das vítimas” (MISSE, GRILLO e NERI. *Letalidade policial e indiferença legal: A apuração judiciária dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. *Dilemas*, nº 1, 2015. p. 69).

Como bem exposto pelo eminente Relator, *o Brasil foi inclusive condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília*, não apenas pela

violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo.

Por fim, *a atuação policial pautada por uma postura de enfrentamento e aumento da letalidade acarreta reflexos sociais evidentes*. Consta-se que “a atividade policial baseada no enfrentamento armado a criminosos aumenta o risco de vitimização de pessoas que não têm relação com o conflito, além de frequentemente afetar a prestação de serviços públicos nas áreas expostas aos confrontos” (Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_pontos_1.pdf)

Conforme dados apontados pela Redes da Maré, em 2019, os alunos da Maré perderam até 12% dos dias letivos e *houve 25 dias de atividades suspensas em unidades de saúde, o que acarretou a não realização de 15 mil atendimentos à população* (Disponível em: https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/BoletimSegPublica_2019.pdf).

Resta evidente que, *em um cenário de necessário combate à pandemia, uma atuação descontrolada das ações policiais agravará imensuravelmente a situação dos moradores dessas regiões*.

Conforme dados divulgados em 16.7.2020 pelo Instituto de Segurança Pública (ISP), referentes aos registros de ocorrência lavrados nas delegacias de Polícia Civil do Rio de Janeiro, no primeiro semestre de 2020, ocorreram 775 mortes por intervenção de agente do Estado. Em junho foram 34, o que representa uma redução de 74% em relação a maio, quando ocorreram 129 mortes por tal motivo. (<http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=441>)

Portanto, *pode-se levantar uma constatação consistente no sentido de que a medida cautelar deferida pelo eminente Relator já resultou em efeitos concretos na redução da letalidade policial no Rio de Janeiro*.

2. AÇÕES ESTRUTURAIS E ATUAÇÃO JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

A intervenção judicial em questões envolvendo complexas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado suscita as mais variadas críticas. Em termos gerais, a principal crítica as ações e decisões de natureza estrutural converge para o fato de elas serem exemplos típicos do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juízes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71).

Analisando-as em termos específicos, três pontos se destacam: a crítica de caráter democrático, a crítica institucional e a crítica liberal. A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais Poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e *expertise*

do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições dos demais Poderes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Jurua, 2019. p. 73).

Em relação a crítica democrática, é importante assentar que ela pressupõe o funcionamento em nível ótimo do Poder Legislativo e das instituições democráticas no tratamento de questões envolvendo políticas públicas, não levando em consideração questões práticas como a omissão no trato de assuntos relevantes e, por vezes, a persistente e insustentável omissão constitucional do Legislativo e Executivo na concretização de direitos fundamentais, além da influência do poder econômico, a sobre-representação de grupos hegemônicos e a sub-representação das minorias.

Também ignoram que nem todas questões decididas judicialmente são objeto do amplo debate político no parlamento ou se encontram dentro do que é negociável ou transigível. Diversos casos concretos demonstram a existência de verdadeiras brechas ou fossos constitucionais, especialmente os que envolvem grupos sociais invisíveis, como os presidiários e menores infratores.

Nesses casos, os direitos fundamentais dessas pessoas permanecem, na maior parte do tempo, abaixo do radar das discussões da opinião pública. Ademais, os casos de graves violações de direitos fundamentais por vezes não envolvem grandes divergências acerca da existência, definição ou conteúdo do direito em disputa já que, em inúmeras situações, as violações aos direitos fundamentais são flagrantes e evidentes.

Nessas situações, o foco da questão não é sobre a existência ou delimitação de um direito fundamental, mas sim sobre como concretizar ou garantir minimamente direitos básicos já definidos pelos poderes democráticos diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público.

Por exemplo, em casos envolvendo a saúde pública, restou definido no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, de minha Relatoria, que a efetivação judicial de uma política pública já prevista pelos demais poderes não representaria intervenção ilegítima ou violação aos princípios da democracia e separação de poderes.

Ademais, a atuação judicial nesses casos pode trazer a lume o debate público sobre a *performance*, a *accountability* (responsabilização) e transparência da atuação dos órgãos públicos, aproximando-se de uma concepção de democracia participativa direta.

No que se refere à crítica institucional, esse argumento ganha relevância e pertinência por conta das características das ações que envolvem intervenções em políticas públicas em larga escala, em especial a partir da complexidade desses casos, que envolvem problemas policêntricos e intimamente conexos, bem representados pela metáfora da teia de aranha de Lon Fuller e Keneth Winston (FULLER, Lon L.;

WINSTON, Keneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, nº 2, p. 395).

Para Fuller e Winston, a modificação de uma parte desse problema nas intervenções judiciais em políticas públicas faz com que a tensão exercida sobre essa teia seja redistribuída para todas as outras partes e problemas conexos, seguindo um padrão complexo e imprevisível que não pode ser inteiramente previsto (FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, nº 2, p. 395).

Essa crítica certamente valoriza a *expertise* dos órgãos públicos e das partes. Contudo, a adoção de instrumentos de decisão e implementação de decisões judiciais dotados de maior horizontalidade, como a aplicação da teoria dos diálogos institucionais e de instrumentos como a autocomposição, o monitoramento judicial, a realização de audiências públicas e a nomeação de peritos, permite a superação dessa crítica.

Até mesmo porque a valorização da *expertise* da parte demandada pode representar, em inúmeras situações, na manutenção de situações flagrantemente inconstitucionais.

Por último, no que se refere à crítica liberal, ela decorre da ideia do liberalismo moderno que consolidou a divisão do poder enquanto garantia dos cidadãos. Não obstante, não se deve vislumbrar o princípio da separação dos poderes de forma estanque e estática, simbolizado através da dicotomia Legislativo/questões de política e Judiciário/questões de princípios ou de direitos (BRANDAO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223).

Conforme defendido pela doutrina, esse modelo de separação estanque de funções estatais por vezes se confunde, uma vez que diversas questões de direitos estão umbilicalmente conectadas com questões de políticas. Desta feita, tais questões podem ser decididas em fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, incluindo o Poder Judiciário.

Ou seja, parte-se de uma concepção mais fluida do princípio da separação dos poderes, que se aproxima da concepção norte-americana de *checks and balances* ou do controle de um poder pelo outro.

É certo que a intervenção judicial em políticas públicas deve observar alguns parâmetros, entre os quais podemos destacar: a) que haja a violação dos direitos fundamentais de um grupo específico de usuários ou destinatários da política ou serviço público; b) que essa violação decorra de uma omissão inconstitucional prolongada e insustentável; c) que haja urgência e necessidade de intervenção judicial.

O próprio STF estabeleceu alguns precedentes nos quais admitiu a intervenção judicial em políticas públicas, como na saúde, na questão penitenciária, entre outras. Podemos destacar, por exemplo, o RE 592.581, no qual a Corte assentou a possibilidade de intervenção judicial para determinar a realização de obras emergenciais em presídios; a própria ADPF 347, no qual determinou-se a liberação de recursos do

Funpen em face do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário; o *Habeas Corpus* coletivo 143.641, que garantiu o direito a prisão domiciliar às gestantes grávidas; e o RE 641.320, que deu origem a Súmula Vinculante nº 56, que impede a manutenção de presos em regime prisional mais gravoso, possibilitando, por exemplo, a saída antecipada ou a monitoração eletrônica.

O caso em análise se adequa as premissas acima estabelecidas, em especial por tratar de *graves violações de direitos fundamentais dos moradores de locais submetidos a constantes atos de autoridades estatais que resultam em números alarmantes de letalidade policial, especialmente de grupos vulneráveis que carecem, exatamente, de uma maior proteção do Estado*. Isso porque “a elevada taxa de letalidade policial no Brasil, em suma, constitui uma situação de violação de direitos fundamentais ao tempo em que reforça a inviabilização do próprio Estado de Direito” (FERREIRA, Poliana S. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 7, nº 2, 2019. p. 124).

3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, *acompanho o Relator para referendar a medida cautelar deferida*.
É como voto.

05/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 635 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S): WALLACE DE ALMEIDA CORBO

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: JUSTIÇA GLOBAL

ADV.(A/S): DANIELA FICHINO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO
ADV.(A/S): MARCOS ROBERTO FUCHS
ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY
ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS
ADV.(A/S): RODRIGO FILIPPI DORNELLES
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO REDES DE DESENVOLVIMENTO DA MARÉ
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO
AM. CURIAE.: MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA
ADV.(A/S): MARCELO DIAS
AM. CURIAE.: INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO-ISER
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
AM. CURIAE.: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH
ADV.(A/S): EVERALDO BEZERRA PATRIOTA
AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
AM. CURIAE.: COLETIVO PAPO RETO
AM. CURIAE.: MOVIMENTO MÃES DE MANGUINHOS
AM. CURIAE.: REDE DE COMUNIDADES E MOVIMENTOS CONTRA A VIOLÊNCIA
AM. CURIAE.: FALA AKARI
AM. CURIAE.: INICIATIVA DIREITO À MEMÓRIA E JUSTIÇA RACIAL
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPOSSIBILIDADE DO ESTABELECIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO DE VEDAÇÃO GENÉRICA À REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS DURANTE PERÍODO INDETERMINADO. ATIVIDADE TÍPICA DO PODER EXECUTIVO QUE DEVERÁ SER EXERCIDA DENTRO DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS SOB PENA DE RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL. MEDIDA INCIDENTAL NÃO REFERENDADA.

1. A eficiência na prestação da atividade de segurança pública, com absoluto respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, é

garantia essencial para a estabilidade democrática no País, devendo, portanto, caracterizar-se pelo direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, eficácia e busca da qualidade.

2. No presente julgamento, não se discute a possibilidade do estabelecimento de condicionantes e restrições por intermédio de decisão judicial, conforme pedido liminarmente na inicial da ADPF, cujo julgamento está agendado para a Sessão Virtual com início em 7/8/2020. No momento, discute-se a possibilidade judicial de fixação de vedação genérica como regra de atuação do Poder Executivo na área de Segurança Pública.

3. Em face do pedido genérico de “suspensão de operações policiais”, o cenário estabelecido não se revelava apto a legitimar a prestação jurisdicional pretendida no sentido de interromper a regular execução de serviço público essencial de responsabilidade do Poder Executivo.

4. A ausência de atuação policial durante período indeterminado, em que pese existir previsão de exceções, gerará riscos à segurança pública de toda a Sociedade do Rio de Janeiro. *Periculum in mora* inverso.

5. Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental NÃO REFERENDADA.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, a fim de que sejam reconhecidas e sanadas o que caracteriza como graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e execução de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

Aponta como violados os preceitos fundamentais relativos à vida, à dignidade da pessoa humana, ao direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, ao direito à igualdade e à prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

Argumenta, entre outros pontos, que referida política de segurança pública: (a) estimularia a letalidade da atuação das forças de segurança, por meio, por exemplo, da “utilização de helicóptero como plataformas de tiro e da extinção da gratificação que servia como incentivo à diminuição de mortes cometidas por policiais”; (b) instrumentalizaria a pessoa humana, em nome de “fins maiores”; (c) não observaria leis que impõem obrigações às forças de segurança, como a presença de ambulâncias e equipamentos de saúde nas operações e a instalação de GPS e câmeras

de segurança em viaturas, inexistindo “planejamento que leve em conta as evidências estatísticas referentes à alta letalidade da atuação policial no estado, à necessidade de aperfeiçoamento do treinamento dos policiais fluminenses e à melhoria das suas condições de trabalho”; (d) desenvolveria ações que, em tese, configuram ofensa ao direito à privacidade, pois haveria “relatos de utilização irregular de imóveis privados como bases operacionais das forças de segurança, com a construção de seteiras improvisadas nas paredes das casas dos moradores para colocação de arma de fogo”; e (e) prejudicaria especialmente a população negra e aos jovens, principais vítimas da violência policial.

Baseado nesses argumentos, propugna o requerente que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL determine: (a) a formulação de plano de redução da letalidade policial e de controle de violações de direitos humanos, como forma de solucionar violações sistemáticas de direitos humanos, além de atender à providência reclamada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*; (b) a proibição ao uso de helicópteros como plataforma de tiro ou instrumentos de terror, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001; (c) a obrigatoriedade de que os órgãos do Poder Judiciário, ao expedir ordem de busca e apreensão, indiquem, de forma precisa, o local, o motivo e o objetivo da diligência, sendo que o cumprimento dos referidos mandados deve se dar durante o dia e amparado em “causas robustas”; (d) a determinação para que haja ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais, conforme previsão constante da Lei Estadual nº 7.385/2016; (e) o reconhecimento de que a realização de operações em perímetros nos quais estejam localizadas escolas e creches deve observar a absoluta excepcionalidade; (f) a publicização de todos os protocolos de atuação policial; (g) a instalação de equipamentos de GPS e de sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais, conforme determinação da Lei Estadual nº 5.443/2009; (h) a compatibilização das perícias com parâmetros normativos; (i) o aprimoramento das investigações de possíveis crimes cometidos por policiais, ante “quadro de absoluta falência das investigações conduzidas pela própria polícia, gerando a impunidade generalizada, em desfavor dos direitos humanos das vítimas dos abusos policiais”; (j) a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, que excluiu do cálculo da gratificação de combate à letalidade policial os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial; (k) a vedação a órgãos e agentes públicos do Estado do Rio de Janeiro de manifestações e expressões que incentivem a letalidade policial.

Em sede cautelar, formula os seguintes pedidos:

- a) Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos

necessários para a sua implementação. Tal plano deverá contemplar obrigatoriamente, no mínimo, (i) medidas voltadas à melhoria do treinamento dos policiais, inclusive em programas de reciclagem, e que contemplem a sensibilização para a necessidade de respeito aos direitos humanos e para a questão do racismo estrutural; (ii) elaboração de protocolos públicos de uso proporcional e progressivo da força, em conformidade com a Constituição e com os parâmetros internacionais, especialmente aqueles previstos nos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; (iii) elaboração de protocolos públicos de abordagem policial e busca pessoal, com vistas a minimizar a prática de filtragem racial; (iv) medidas voltadas a melhorar as condições de trabalho dos agentes de segurança; (v) providências destinadas a resolver o problema da ausência ou insuficiência de acompanhamento psicológico dos policiais; e (vi) previsão de afastamento temporário, das funções de policiamento ostensivo, dos agentes envolvidos em mortes nas operações policiais.

a.1) Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que, durante a elaboração do plano, oportunize a apresentação de manifestações pela sociedade civil, bem como, ao menos, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

a.2) Submeter o plano ao escrutínio da sociedade civil, por meio da convocação de audiência pública, a ser realizada na cidade do Rio de Janeiro, logo depois de findo o prazo mencionado no item "a".

a.3) Submeter o plano ao Plenário deste STF, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que a Corte reputar necessárias para a superação do quadro de violações sistemáticas a direitos fundamentais nas políticas de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

a.4) Monitorar a implementação do plano, com o auxílio dos órgãos mencionados no item "a.1", em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considerem sanadas as inconstitucionalidades aqui apontadas.

b) Determinar que o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de utilizar helicópteros como plataformas de tiro ou instrumentos de terror, com a consequente suspensão da eficácia do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001, e reconhecimento da reprimenda dos efeitos do art. 4º do Decreto Estadual nº 20.557/1994.

c) Determinar que os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ao expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, indiquem, da forma mais precisa possível, o lugar, o motivo e o objetivo da diligência, vedada a expedição de mandados coletivos ou genéricos.

d) Determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente policial: (i) a diligência, no caso de cumprimento de mandado judicial, deve ser realizada somente durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (ii) a diligência, quando feita sem mandado judicial, deve estar lastreada em causas prévias e robustas que indiquem a existência de flagrante delito, não se admitindo que informações obtidas por meio de denúncias anônimas sejam utilizadas como justificativa exclusiva para a deflagração de ingresso forçado a domicílio; (iii) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (iv) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destina, proibindo-se a prática de utilização de domicílios ou de qualquer imóvel privado como base operacional das forças de segurança, sem que haja a observância das formalidades necessárias à requisição administrativa.

e) Determinar a presença obrigatória de ambulâncias e de equipes de saúde em operações policiais.

f) Determinar que os agentes de segurança e profissionais de saúde preservem todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação.

g) Determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizadas escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio

de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.

h) Determinar a suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial, inclusive do Manual Operacional das Aeronaves pertencentes à frota da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

i) Determinar a obrigatoriedade de se elaborar, armazenar e disponibilizar relatórios detalhados ao fim de cada operação policial, que deverão contemplar, pelo menos, (i) o objetivo da operação; (ii) os horários de início e término da incursão; (iii) a identificação da autoridade responsável pela ordem e do comandante da execução e fiscalização da operação, para fins de reconstituição da cadeia de comando e de atribuição de responsabilidades; (iv) os nomes e as matrículas dos agentes envolvidos na incursão; (v) o tipo e o número de munições consumidas, de modo individualizado; (vi) as armas e os veículos utilizados; (vii) o material apreendido, com indicação da quantidade; (viii) a identificação das pessoas mortas (policiais ou não), ainda que não se conheça a autoria do homicídio; (ix) os nomes das pessoas detidas e dos adolescentes apreendidos; e (x) a indicação das buscas domiciliares realizadas, com ou sem mandado judicial.

j) Determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

k) Determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de *backup*. O dever

de documentar a perícia de local e o exame de necropsia inclui o registro fotográfico de todas as peças de roupa, objetos pessoais e demais provas conexas, assim como abrange a realização de fotografias do cadáver antes e depois de despi-lo, lavá-lo, barbeá-lo ou cortar-lhe os cabelos.

l) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que instaure procedimentos investigatórios autônomos nos casos de mortes e demais violações a direitos fundamentais cometidas por agentes de segurança, dotando-se da necessária estrutura para conduzir com eficiência essas investigações.

m) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e às polícias civil e militar fluminenses que, nas suas respectivas investigações, diligenciem no sentido de ouvir a vítima e/ou os seus familiares, assegurando-lhes a possibilidade de apresentar declarações, prestar informações, indicar meios de prova e sugerir diligências, devendo avaliá-las fundamentadamente, bem como notificá-las, do modo que for mais conveniente a essas pessoas, sobre o eventual arquivamento do procedimento investigatório.

n) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e às polícias civil e militar fluminenses que, nas investigações de mortes e abusos possivelmente cometidos por policiais, priorizem a tramitação dos procedimentos cujas vítimas sejam crianças ou adolescentes.

o) Determinar ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que designe, ao menos, um(a) promotor(a) de Justiça para fins de atendimento, em regime de plantão, de demandas relacionadas ao controle externo das polícias fluminenses, bem como que confira ampla divulgação da existência do serviço, inclusive no seu sítio eletrônico, para que os cidadãos possam saber a quem devem recorrer para denunciar eventuais abusos e violações de direitos pelas forças de segurança durante operações policiais.

p) Determinar a suspensão do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, que excluiu, do cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias, os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial.

q) Determinar ao governador do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos órgãos e agentes públicos estaduais, que se abstenham de se manifestar de qualquer forma que incentive diretamente a letalidade policial.

No mérito, requer o seguinte:

- a) Confirmar, em caráter definitivo, todas as providências listadas nos tópicos “a” a “q”, supra;
- b) Declarar a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001, com o reconhecimento da reprimenda dos efeitos do art. 4º do Decreto Estadual nº 20.557/1994, de modo a vedar o uso de helicópteros como plataformas de tiro e instrumentos de terror; e
- c) Declarar a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019, de modo a reinserir, no cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias, os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial.
- d) Em relação aos requerimentos “b” e “c” supra, caso esta Corte considere-os impróprios para ADPF, espera o Arguente sejam eles admitidos como pedidos cumulativos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgando-os do mesmo modo procedentes.

Em 26/5/2020, em razão da pandemia de coronavírus e de notícias de operações policiais que, sob sua ótica, não seguiriam os protocolos de uso legítimo da força, o Partido requerente requereu a concessão de medida cautelar incidental, para que fossem restringidas as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro.

Em 05/06/2020, o eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, deferiu a medida incidental pleiteada, *ad referendum* do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para determinar:

- (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia de COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Submetido a julgamento na Sessão Virtual de 26/6/2020 a 4/8/2020, o Ministro Relator vota pelo referendo da medida incidental, nos seguintes termos:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO

DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. *PERICULUM IN MORA*. CONCESSÃO DA MEDIDA.

1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamento que impugna a plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial.
2. A permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores, fundamentam o receio de que a medida, caso concedida apenas ao fim do processo, seja ineficaz.
3. Medida cautelar deferida para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

É o breve relatório.

Peço vênias para divergir do Eminentíssimo Ministro Relator.

No presente julgamento não se discute a possibilidade do estabelecimento de condicionantes e restrições, conforme pedido liminarmente na inicial da ADPF, cujo julgamento está agendado para a próxima Sessão Virtual, com início em 7/8/2020.

Discute-se no presente referendo, a possibilidade judicial de fixação de vedação genérica como regra de atuação do Poder Executivo na área de Segurança

Pública, proibindo-se a realização de regulares operações policiais durante período indeterminado (pandemia), apesar da existência de exceções estabelecidas.

Em que pese os respeitáveis posicionamentos em contrário, entendo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a possibilidade de – genericamente – estabelecer como regra geral a impossibilidade da realização de operações policiais na área de segurança pública, por tempo indeterminado.

Na hipótese em análise, em sede de cognição sumária fundada em juízo de probabilidade, não se encontram presentes os necessários *fumus boni juris* e *periculum in mora* para a concessão de cautelar pleiteada.

A ausência de atuação policial durante período indeterminado gerará riscos à segurança pública de toda a Sociedade do Rio de Janeiro, com consequências imprevisíveis. *Periculum in mora* inverso.

Em inúmeras oportunidades tenho ressaltado que, o grande desafio institucional brasileiro da atualidade é evoluir nas formas de combate à criminalidade, efetivando um maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação e repressão à violência urbana, e, conseqüentemente, estabelecer uma legislação que fortaleça a união dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público na área de persecução penal, no âmbito dos Estados da Federação, sempre com o absoluto respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser *eficiente*, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade; bem como zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da Sociedade.

Nosso texto constitucional consagrou o *princípio da eficiência*, como aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

O *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum. A *eficiência* no serviço público, portanto, está constitucionalmente direcionada tanto para as finalidades pretendidas pela atividade estatal, como para as condições necessárias para o agente público bem exercer suas funções em defesa da Sociedade.

Esse mínimo exigido para a satisfação da *eficiência* pelo Poder Público adquire contornos mais dramáticos quando a questão a ser tratada é a segurança pública,

em virtude de estar em jogo a vida, a dignidade, a honra, a incolumidade física e o patrimônio dos indivíduos.

No exercício da atividade de segurança pública do Estado, a *eficiência* exigida baseia-se na própria Constituição Federal, que consagrou a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e determinou que seja exercida com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de seus dois grandes ramos, a polícia judiciária e polícia administrativa.

A ruptura da segurança pública é tão grave que a Constituição Federal permite a decretação do Estado de Defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social, quando ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional; inclusive, com a restrição de diversos direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 136 do texto constitucional. Caso o próprio Estado de defesa se mostre ineficaz, haverá, inclusive, a possibilidade de decretação do Estado de Sítio, nos termos do inciso I do artigo 137 da Carta Magna.

A *eficiência* na prestação da atividade de segurança pública, com absoluto respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, é garantia essencial para a estabilidade democrática no País, devendo, portanto, caracterizar-se pelo direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, eficácia e busca da qualidade.

O pleno atendimento dessas metas somente será possível se a interpretação constitucional e o exercício das competências legislativas e administrativas garantirem a cooperação entre todos os poderes da República nos três níveis da Federação, com o financiamento, estruturação e infraestrutura necessários para o eficaz cumprimento dessas complexas tarefas, buscando a otimização dos resultados pela aplicação de razoável quantidade de recursos e esforços.

É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; bem como seu total distanciamento em relação ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Observando-se com absoluto rigor os Direitos e Garantias Fundamentais, é necessária a soma inteligente de esforços institucionais para combater as organizações criminosas, a criminalidade violenta e a corrupção, que, lamentavelmente, ceifam milhares de vidas todos os anos e atrapalham o crescimento de nosso país, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, que recentemente passou por intervenção Federal na área da segurança pública, estabelecida pelo Decreto Federal nº 9.288/2018.

A união, a parceria e os esforços institucionais, contudo, devem ser realizados dentro do círculo de competências constitucionais de cada um dos Poderes da República, pois cumpre sempre ter em mente que a Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais para que bem pudessem exercê-las, bem como

criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 244; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 19, nº 76, p. 97, out./dez., 1982; MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais*. 1969. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, p. 16, abr./jun., 1995; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista. Separação de poderes: evolução até à Constituição de 1988: considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, nº 115, p. 209, jul./set. 1999).

Assim, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (BONDY, William. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; ANTUNES, José Pinto. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JÚNIOR, José Geraldo de Souza. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; TAVARES, José de Farias. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Na hipótese em julgamento, *diferentemente dos pedidos liminar e principal da presente ADPF*, não se discute a possibilidade de o Poder Judiciário, por meio deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, impor aos Poderes locais uma série de medidas relacionadas à política de segurança pública a ser adotada pelo Estado do Rio de

Janeiro, principalmente no que diz respeito ao modo de atuação das Polícias Civil e Militar do referido Estado, mas sim a possibilidade desta CORTE estabelecer como REGRA GERAL a vedação a operações policiais no Rio de Janeiro durante prazo indeterminado, qual seja, a duração da pandemia.

Em face do pedido genérico de “*suspensão de operações policiais*”, o cenário estabelecido não se revelava apto a legitimar a prestação jurisdicional pretendida no sentido de interromper a regular execução de serviço público essencial de responsabilidade do Poder Executivo, uma vez que, “*não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta SUPREMA CORTE, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo*” (RE 1.165.054/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 9/11/2018), haja a vista que, do contrário, a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo estaria, evidentemente, desorganizando a implementação de políticas públicas.

Obviamente, em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – com a exigência de observância às normas constitucionais.

Assim, apesar de a formulação de políticas relacionadas à segurança pública qualificar-se como ato discricionário do Chefe do Executivo, a quem compete definir as diretrizes a serem observadas pelos órgãos de segurança pública estadual, a partir do estabelecimento de programas e ações com vistas à proteção da incolumidade física e patrimonial dos cidadãos, alcançando a paz social, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional, sobretudo no que se relaciona a eventuais abusos, que devem ser amplamente responsabilizados *a posteriori*.

Diante do exposto, DIVIRJO do Eminentíssimo Ministro Relator e voto pelo NÃO REFERENDO da Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

REFERENDO EM TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 635

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.: EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRO-DESCENDENTES E CARENTES
ADV.(A/S): WALLACE DE ALMEIDA CORBO (186442/RJ)
AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)
AM. CURIAE.: JUSTIÇA GLOBAL
ADV.(A/S): DANIELA FICHINO (166574/RJ)
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO (183240/RJ)
ADV.(A/S): MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP)
ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY (365922/SP)
ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS (365277/SP)
ADV.(A/S): RODRIGO FILIPPI DORNELLES (329849/SP)
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO REDES DE DESENVOLVIMENTO DA MARÉ
ADV.(A/S): CAROLINE MENDES BISPO (183240/RJ)
AM. CURIAE.: MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA (146357/RJ)
ADV.(A/S): MARCELO DIAS (111525/RJ)
AM. CURIAE.: INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO-ISER
ADV.(A/S): ISABEL CRISTINA MARTINEZ DE SOUZA PEREIRA (146357/RJ)
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)
AM. CURIAE.: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH
ADV.(A/S): EVERALDO BEZERRA PATRIOTA (2040B/AL)
AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS
AM. CURIAE.: COLETIVO PAPO RETO
AM. CURIAE.: MOVIMENTO MÃES DE MANGUINHOS
AM. CURIAE.: REDE DE COMUNIDADES E MOVIMENTOS CONTRA A VIOLÊNCIA
AM. CURIAE.: FALA AKARI
AM. CURIAE.: INICIATIVA DIREITO À MEMÓRIA E JUSTIÇA RACIAL
ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida “para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Falaram: pelo requerente, o Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmento; pelo interessado, a Dra. Daniela Allam Giacomet, Procuradora do Estado; pelo *amicus curiae* Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial, o Dr. Joel Costa; pelo *amicus curiae* Justiça Global, a Dra. Daniela Fichino; pelo *amicus curiae* Associação Direitos Humanos em Rede, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; pelo *amicus curiae* Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes – EDUCAFRO, o Dr. Wallace de Almeida Corbo; pelo *amicus curiae* Instituto de Estudos da Religião – ISER, a Dra. Isabel Pereira; pelo *amicus curiae* Associação Redes de Desenvolvimento da Maré, a Dra. Caroline Bispo; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Daniel Lozoya Constant Lopes, Defensor Público do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 26.6.2020 a 4.8.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO Nº 9.825 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): DANIEL LUCIO DA SILVEIRA

ADV.(A/S): PAULO CÉSAR RODRIGUES DE FARIA

AGDO.(A/S): RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. IMPEDIMENTO/SUSPEIÇÃO DO RELATOR E DO VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. ARGUIÇÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NOTÍCIA-CRIME FORMULADA EM FACE DE SENADOR DA REPÚBLICA PELA SUPOSTA PRÁTICA DE DELITOS PREVISTOS NA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL (LEI Nº 7.170/83). PRINCÍPIO DO MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL. FLAGRANTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 100, § 2º, do Código de Processo Penal, se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente.

2. A tese veiculada, nos termos em que exposta, resultaria na absurda conclusão de que determinado membro do Ministério Público, tendo pleiteado qualquer medida desfavorável (oferecimento de denúncia, requerimento de decretação da prisão, etc.), só poderia atuar em um único singular processo em face de cada pessoa, pois estaria “suspeito” em todos os demais, o que não se verifica. Também não há qualquer comprovação de que o Vice-Procurador-Geral da República seja amigo íntimo ou inimigo capital das partes nestes autos, revelando-se improcedentes os argumentos do parlamentar no sentido de que o mero oferecimento de denúncia em seu desfavor caracterizaria a suposta inimizade.

3. Além disso, eventuais representações do advogado em face do Relator, ou em face do membro do Ministério Público, nos órgãos que entende pertinentes, também não se revelam como motivo

caracterizador de suspeição ou impedimento. Se assim fosse, qualquer advogado, exercendo seu direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal), poderia causar automaticamente a impossibilidade de determinado Juiz exercer a judicatura em todos os processos nos quais atua.

4. Trata-se de requerimento absolutamente incabível, pois se pretende afastar não só o órgão acusador, como também o Ministro relator da ação penal, tão somente pelo fato de o requerente discordar das decisões judiciais proferidas.

5. A Procuradoria-Geral da República, que é o órgão detentor do monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública no sistema jurídico brasileiro, diante da manifesta improcedência desta notícia-crime, posicionou-se de forma diametralmente oposta à pretensão veiculada na petição inicial.

6. Como se vê, na presente hipótese, o noticiante não trouxe aos autos indícios mínimos da ocorrência de ilícito criminal, não existindo, portanto, na presente petição, nenhum indício real de fato típico praticado por qualquer requerido (*quis*) ou qualquer indicação dos meios que o mesmo teria empregado (*quibus auxiliis*) em relação às condutas objeto de investigação, ou ainda, o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*) ou qualquer outra informação relevante que justifique a instauração de inquérito ou de qualquer investigação (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. *O processo criminal brasileiro*, v. II, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1959, p. 183).

7. Flagrante a ausência de justa causa, a consequência é o indeferimento do pedido com imediato arquivamento da representação. Nesse sentido, conferir: Inq. 4429, 8/6/2018; Inq. 3844, 5/8/2019; PET 8497, 17/12/2019; PET 8485, 19/12/2019; Inq. 4811, 30/3/2020, todos da PRIMEIRA TURMA e de minha relatoria.

8. Cumpre ressaltar que as alegações trazidas pelo ora agravante não apresentaram qualquer argumento apto a desconstituir os óbices apontados, sendo insuficientes para alterar a conclusão por mim adotada na decisão agravada, na medida em que não foram apresentados fundamentos hábeis a desconstituir os motivos pelos quais a rejeição liminar da arguição de impedimento/suspeição e o arquivamento da notícia-crime não deveriam ser mantidos. Diferentemente disso, o agravante prefere reiterar as mesmas razões e fundamentos de suas anteriores razões recursais, as quais já foram integralmente rechaçadas, além de

multiplicar os ataques e o menosprezo aos trabalhos realizados por este Relator e pelo Vice-Procurador-Geral da República.

9. Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, acordam em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de novembro de 2021.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

23/11/2021

PLENÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO Nº 9.825 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): DANIEL LUCIO DA SILVEIRA

ADV.(A/S): PAULO CÉSAR RODRIGUES DE FARIA

AGDO.(A/S): RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Agravo Regimental interposto por DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA contra decisão por meio da qual rejeitei liminarmente a arguição de impedimento/suspeição e determinei o arquivamento imediato da representação por ele formulada em face do Senador da República RANDOLFE RODRIGUES, em razão da ausência de indícios mínimos da ocorrência de ilícito penal.

Naquela ocasião, ressaltei, em relação à arguição de impedimento/suspeição, que tal requerimento é absolutamente incabível, pois se pretende afastar não só o órgão acusador, como também o Ministro Relator, tão somente pelo fato de o requerente discordar das decisões judiciais proferidas.

No que diz respeito ao mérito da *notitia criminis*, destaquei que o noticiante não logrou êxito em trazer aos autos indícios mínimos da ocorrência de ilícito criminal, circunstância que representa a flagrante ausência de justa causa, que tem como consequência lógica o indeferimento do pedido com imediato arquivamento da representação.

Neste Agravo Regimental, o agravante defende que a decisão agravada “é *deveras ABSURDA, TERATOLÓGICA, e incursa em ERROR IN PROCEDENDO, que a nulifica de forma inequívoca, pois, além de afrontar dispositivos legais previstos no CPP, fere o princípio do juiz natural, apesar da ilustre anotação do Nobre Relator, conforme acima citado, não condizente com a realidade desta Suprema Corte, que se busca igualmente o respeito ao seu Regimento Interno e da própria jurisprudência do STF*” (eDoc. 21, fl. 6).

Alega, ainda, que a conclusão adotada na decisão monocrática teria o condão de ensinar a suposta prática de crime de responsabilidade do Relator (art. 39, item 2, da Lei nº 1.079/50), pois “*além de julgar a própria suspeição e impedimento, e se AUTODECLARAR não suspeito e não impedido, o Emérito Relator, por óbvio, em claro instinto persecutório, deixou de conhecer a NOTÍCIA-CRIME apresentada, de forma absurdamente subjetiva e protetiva ao Agravado, inimigo político do atual mandatário da nação, desafeto do Relator, e igualmente inimigo explícito deste Noticiante, fulgás inquisidor de sua pessoa desde o surgimento do Inquérito do Final dos Tempos e do FIM DO MUNDO, o INQ 4781*” (eDoc. 21, fl. 8).

Argumenta que não há que se falar na manifesta improcedência do pedido de suspeição/impedimento deste Relator, “*haja vista ser, o mesmo: VÍTIMA, JUIZ e EXECUTOR DA PRISÃO do ora Noticiante, nos autos do Inq. 4781/DF, aberto EX OFFICIO e com sua escolha, sem sorteio eletrônico*” (eDoc. 21, fl. 11) e porque “*foi quem DETERMINOU A PRISÃO, DE OFÍCIO, do Noticiante, por supostos delitos da Lei de Segurança Nacional, exatamente os mesmos artigos, em tese, imputados ao Noticiado Agravado*” (eDoc. 21, fl. 11).

Acrescenta ser inaplicável, ao caso, a previsão contida no Código de Processo Penal (art. 100, § 2º), pois aplicável, em verdade, o art. 103, § 4º, do mesmo diploma penal, cuja previsão é a seguinte: “*A suspeição, não sendo reconhecida, será julgada pelo tribunal pleno, funcionando como relator o presidente*”.

Além do mais, insistindo nas mesmas razões que ampararam o ajuizamento de sua representação e na premissa de que existe “um peso e duas medidas” no tratamento a ele conferido na Ação Penal 1.044/DF e nesta Pet 9.825, afirma que o membro do Parquet Federal e este Relator “*aparentemente de propósito, e de forma combinada, demoram uma ETERNIDADE (mais de 30 dias) PARA MANIFESTAÇÕES a favor do Noticiante, ao passo que, para PREJUDICÁ-LO, em horas após a decisão/despacho*” (eDoc. 21, fl. 14).

Isso porque, na sua visão, “*os fatos narrados na inicial invocam exatamente os mesmos artigos, em similaridade de modus operandi: MANIFESTAÇÕES NO YOUTUBE, onde um critica ministros do STF por seus atos, que supostamente estariam acobertados pela IMUNIDADE PARLAMENTAR (Art. 53, CF), enquanto o outro, Agravado, literalmente,*

convoca militantes de esquerda para TOMAREM O PODER e RETIRAREM O PRESIDENTE” (eDoc. 21, fls. 13/14).

Requer, ao final, que, em juízo de retratação, seja reconsiderada a decisão agravada para (a) prover o presente recurso, processando e julgando a notícia-crime nos exatos termos da inicial; e (b) remeter ao Plenário da CORTE a arguição de suspeição/impedimento, nos termos do art. 103, § 4º, do CPP.

Não sendo exercido o juízo de retratação, solicita que o processo seja levado à apreciação do Plenário do TRIBUNAL para que seja dado provimento ao presente Agravo Regimental, reformando-se integralmente a decisão atacada, além de acolher a arguição de suspeição/impedimento do Relator e do membro do *Parquet*, determinando a sua redistribuição, em respeito ao princípio do juiz natural.

É o relatório.

23/11/2021
PLENÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO Nº 9.825 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Eis a decisão ora agravada:

(...)

I – DA ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO

Nos termos do art. 100, § 2º, do Código de Processo Penal, *se a suspeição for de manifesta impropriedade, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente.*

Além disso, conforme o art. 112 do mesmo diploma legal, o juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. *Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

O noticiante busca caracterizar eventual impedimento ou suspeição com base, em síntese, nos seguintes argumentos: (a) *“este advogado, em especial, apresentou REPRESENTAÇÃO CRIMINAL contra este Relator e o Vice-PGR na própria Procuradoria-Geral da República”*; (b) *“este Noticiante, preso político, está sendo perseguido implacavelmente*

por este Relator, (JUIZ, VÍTIMA, RELATOR, ACUSADOR), em conjunto acusatório com o membro do MPF, sr. Vice-PGR, Humberto Jacques de Medeiros (ACUSADOR e INQUIRIDOR), autor da denúncia que o levou à prisão em 17/02/2021”; (c) “o Vice-PGR, além de possuir INTERESSE DIRETO NO FEITO, prejudicar o preso político Daniel Silveira (Art. 252, IV, CPP), também funcionou como ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO em outro processo, PET 9456/DF e AP 1044/DF (Art. 252, I e II, CPP)”; (d) “o senhor Vice-PGR, Humberto Jacques de Medeiros, além de ser inimigo óbvio deste advogado e do preso político Daniel Silveira (Art. 254, I, CPP), quando apresentou DENÚNCIA a este Relator, em sintonia perfeita, ACONSELHOU o juízo ao apresentar acusação criminal, absurda e inexistente, mas apresentou”, o que faria incidir, também, o inciso IV do mencionado art. 254 do CPP.

Além disso, sustenta o noticiante que este Relator estaria impedido de atuar nestes autos, pois figura como juiz e acusador nos autos da Ação Penal 1.044 e outros inquéritos, o que atrai a aplicação do art. 252, IV, do CPP.

Indica, aliás, que teria apresentado “5 processos na OAB por ofensas às prerrogativas e abuso de autoridade e poder, uma representação criminal por abuso de autoridade na PGR, um pedido de prisão por crime inafiançável de tortura, uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma outra no Ministério dos Direitos Humanos, além de uma arguição de suspeição engavetada pelo presidente desta Corte”, bem como pedido de *impeachment* no Senado Federal. Defende, assim, a existência de inimizade capital entre advogado e julgador, o que acarretaria na alegada suspeição.

Assim dispõem os arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

- I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Inicialmente, no que diz respeito à alegação de suspeição e impedimento do Vice-Procurador-Geral da República, HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS, o parlamentar aponta que o art. 252, I, II e IV, do CPP, deveria ser aplicado para caracterizar a suspeição/impedimento do membro do Ministério Público.

A tese veiculada, nos termos em que exposta, resultaria na absurda conclusão de que determinado membro do Ministério Público, tendo pleiteado qualquer medida desfavorável (oferecimento de denúncia, requerimento de decretação da prisão etc.), só poderia atuar em um único singular processo em face de cada pessoa, pois estaria “suspeito” em todos os demais, o que não se verifica.

Efetivamente, não foram apresentados quaisquer fatos que comprovassem o alegado, limitando-se a petição a apontar ato do membro do Ministério Público que ocorreu em absoluto cumprimento à sua função institucional (oferecimento de denúncia em face do noticiante).

Da mesma forma, no que diz respeito ao art. 254, I e IV, do CPP, não há qualquer comprovação de que o Vice-Procurador-Geral da

República seja amigo íntimo ou inimigo capital das partes nestes autos, revelando-se improcedentes os argumentos do parlamentar no sentido de que o mero oferecimento de denúncia em seu desfavor caracterizaria a suposta inimizade.

Além disso, não se vislumbra qualquer procedência na alegação de que *“o senhor Vice-PGR, Humberto Jacques de Medeiros, além de ser inimigo óbvio deste advogado e do preso político Daniel Silveira (Art. 254, I, CPP), quando apresentou DENÚNCIA a este Relator, em sintonia perfeita, ACONSELHOU o juízo ao apresentar acusação criminal, absurda e inexistente, mas apresentou”*. Conforme ressaltado, o oferecimento de denúncia é prerrogativa do Ministério Público e, por si só, não representa qualquer *“aconselhamento ao Juízo”*.

Igualmente, verifico a manifesta improcedência na arguição de suspeição e impedimento deste Relator, seja pelo suposto interesse direto no feito (art. 252, IV, do CPP), seja pela suposta inimizade capital com o noticiante ou seu advogado (art. 254, I, do CPP), não tendo sido apresentadas quaisquer evidências das alegações.

Eventuais representações do advogado em face do Relator, ou em face do membro do Ministério Público, nos órgãos que entende pertinentes, também não se revelam como motivo caracterizador de suspeição ou impedimento. Se assim fosse, qualquer advogado, exercendo seu direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal), poderia causar automaticamente a impossibilidade de determinado Juiz exercer a judicatura em todos os processos nos quais atua.

Trata-se, portanto, de requerimento absolutamente incabível, pois se pretende afastar não só o órgão acusador, com também o Ministro relator da ação penal, tão somente pelo fato de o requerente discordar das decisões judiciais proferidas; sendo, dessa maneira, **MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO** (art. 100, § 2º, do CPP).

II – DO MÉRITO DA NOTÍCIA-CRIME

O princípio do monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública no sistema jurídico brasileiro somente permite a deflagração do processo criminal por denúncia do Ministério Público (Pet. 4281/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE de 17-8-2009), tendo esta Corte decidido pela incompatibilidade do novo modelo acusatório consagrado pelo artigo 129, inciso I, do texto constitucional com todos os procedimentos que afastavam a titularidade privativa da ação penal pública do *Parquet*, previstos antes da promulgação da

Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 (RTJ, 149/825, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; HC nº 67.931/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Diário da Justiça, Seção I, 31 ago. 1990).

Ressalte-se, ainda, que em nosso sistema acusatório consagrado constitucionalmente, a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, não afasta o dever do Poder Judiciário de exercer sua atividade de supervisão judicial (STF, Pet. 3825/MT, rel. Min. GILMAR MENDES), evitando ou fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação (Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, d. 22/11/2011).

A Procuradoria-Geral da República, diante da manifesta improcedência desta notícia-crime, posicionou-se de forma diametralmente oposta à pretensão veiculada na petição inicial, apresentando os seguintes argumentos (eDoc. 15, fls. 3-4):

Para a caracterização dos crimes previstos na Lei n. 7.170/1983 é indispensável que a ação do agente seja dirigida deliberadamente contra a segurança do Estado. O comportamento passível de sanção, por conseguinte, deve pretender atingir a estrutura do poder legalmente constituído, a fim de substituí-lo por meios ilegais.

Essa exigência corresponde a uma concepção democrática e liberal dos crimes políticos, e é indicativa de que o fim de agir é, no nos crimes contra a segurança nacional, elementar à natureza das coisas.

Outra não é a razão pela qual a tipificação de tais demanda a presença de dois requisitos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva, consistentes na (i) motivação e objetivos políticos do agente e na (ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à federação ou ao estado de direito, nos termos dos arts. 1º e 2º da referida lei.

À luz desses elementos, constata-se que a simples adequação da conduta imputada ao requerido a quaisquer das figuras típicas elencadas no diploma normativo citado não seria o bastante para configurar inequivocamente a prática de delitos contra a segurança nacional, já que a realização das

figuras típicas exige a presença dos requisitos estabelecidos nos artigos 1º e 2º do diploma legal.

Com efeito, dos fatos narrados pelo peticionário não é possível alcançar, de modo categórico, conclusões no sentido de que os atos atribuídos ao requerido criaram um risco juridicamente reprovado aos interesses que são tutelados pelos arts. 17, 18, 22, incisos I e IV, §1º, 23, incisos I, III e IV, e 26, todos da Lei n. 7.170/1983 ou que os resultados porventura causados pelo seu comportamento correspondem, efetivamente, àqueles que as normas incriminadoras procuram proibir.

O peticionário também não se desincumbiu do ônus de demonstrar a presença, no caso concreto, do elemento subjetivo que se traduz no dolo específico de atentar contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira. Da mesma forma, não se encarregou de explicar, apontando o fundamento de validade na ordem jurídica, por que o discurso que é objeto desta notícia-crime não estaria agasalhado pela imunidade parlamentar prevista no art. 53, caput, da Constituição da República (grifo nosso).

Como se vê, na presente hipótese, o noticiante não trouxe aos autos indícios mínimos da ocorrência de ilícito criminal, não existindo, portanto, na presente petição, nenhum indício real de fato típico praticado por qualquer requerido (*quis*) ou qualquer indicação dos meios que o mesmo teria empregado (*quibus auxiliis*) em relação às condutas objeto de investigação, ou ainda, o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*) ou qualquer outra informação relevante que justifique a instauração de inquérito ou de qualquer investigação (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. *O processo criminal brasileiro*, v. II, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1959, p. 183).

Flagrante a ausência de justa causa, a consequência é o indeferimento do pedido com imediato arquivamento da representação. Nesse sentido, conferir: Inq. 4429, 8/6/2018; Inq. 3844, 5/8/2019; PET 8497, 17/12/2019; PET 8485, 19/12/2019; Inq. 4811, 30/3/2020, todos da PRIMEIRA TURMA e de minha relatoria.

Ante o exposto, em razão da ausência de indícios mínimos da ocorrência de ilícito penal, **REJEITO LIMINARMENTE A ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO/SUSPEIÇÃO E DETERMINO O ARQUIVAMENTO** imediato desta representação, nos termos dos arts. 21, XV, e 231, § 4º, do RISTF.

As alegações trazidas pelo ora agravante não apresentaram qualquer argumento apto a desconstituir os óbices apontados, sendo insuficientes para alterar a conclusão por mim adotada na decisão agravada, na medida em que não foram apresentados fundamentos hábeis a desconstituir os motivos pelos quais a rejeição liminar da arguição de impedimento/suspeição e o arquivamento da notícia-crime não deveriam ser mantidos.

Diferentemente disso, o agravante reitera as mesmas razões e fundamentos de suas anteriores razões recursais, as quais já foram especificamente tratadas na decisão agravada e integralmente rechaçadas, além de multiplicar os ataques e o menosprezo aos trabalhos realizados por este Relator e pelo Vice-Procurador-Geral da República.

Como tive oportunidade de consignar na decisão agravada, o requerimento relativo à suposta suspeição/impedimento deste Relator e do Vice-Procurador-Geral da República é absolutamente incabível, pois o agravante pretende, com isso, afastar não só o órgão acusador, como também o Ministro Relator da Ação Penal, tão somente pelo fato de discordar das decisões judiciais proferidas. O que se verifica, na verdade, é que o agravante, ao pretender descabida declaração de suspeição/impedimento nestes autos, por via oblíqua, busca caracterizar a suspeição/impedimento deste Relator nos autos da AP 1.044, na qual figura na condição de réu.

No ponto, cumpre ressaltar o recente julgamento da AS 107 (Rel. Min. LUIZ FUX (Presidente), DJe de 21/10/2021). A referida Arguição de Suspeição, ajuizada pelo Advogado Paulo César Rodrigues de Faria, que também atua nestes autos, buscava afastar a minha Relatoria da AP 1044/DF, movida em face do Deputado Federal DANIEL SILVEIRA, ora agravante. Naqueles autos, assim decidiu o Min. LUIZ FUX:

In casu, o arguente não demonstrou, de forma objetiva e específica, por quais razões o Ministro Alexandre de Moraes atua “movido por razões de ódio, rancor ou vingança”, tecendo, apenas, alegações genéricas e destituídas de fundamentos jurídicos.

A pretensão da parte autora é, na verdade, de dar interpretação ampliativa, analógica ou extensiva das hipóteses previstas no 145 do CPC e no art. 254 do CPP, a qual, como se verifica, não encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Como se vê, está mais do que demonstrado o absoluto descabimento dos fundamentos do agravante no que diz respeito à eventual configuração de suspeição/impedimento.

Além disso, conforme consignado na decisão agravada, o princípio do monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública no sistema jurídico brasileiro somente permite a deflagração do processo criminal por denúncia do Ministério Público (Pet. 4281/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE de 17-8-2009), tendo

esta CORTE decidido pela incompatibilidade do novo modelo acusatório consagrado pelo art. 129, inciso I, do texto constitucional com todos os procedimentos que afastavam a titularidade privativa da ação penal pública do *Parquet*, previstos antes da promulgação da Constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988 (RTJ, 149/825, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; HC nº 67.931/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Diário da Justiça, Seção I, 31 ago. 1990).

De igual modo, ficou inequivocamente demonstrada a flagrante ausência de justa causa, na medida em que o noticiante não trouxe aos autos indícios mínimos da ocorrência de ilícito criminal, não existindo, portanto, na presente petição, nenhum indício real de fato típico praticado por qualquer requerido (*quis*) ou qualquer indicação dos meios que o mesmo teria empregado (*quibus auxiliis*) em relação às condutas objeto de investigação, ou ainda, o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*) ou qualquer outra informação relevante que justifique a instauração de inquérito ou de qualquer investigação (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. *O processo criminal brasileiro*, v. II, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1959, p. 183).

Tem-se, portanto, que o presente recurso não logrou infirmar os fundamentos da decisão combatida, razão pela qual merece ser desprovido.

Nesse contexto, não há reparo a fazer no entendimento aplicado.

Diante do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Agravo Regimental.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AG. REG. NA PETIÇÃO Nº 9.825

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): DANIEL LUCIO DA SILVEIRA

ADV.(A/S): PAULO CÉSAR RODRIGUES DE FARIA (64817/DF, 57637/GO)

AGDO.(A/S): RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.823.407 / PARANÁ (2021/0022983-5)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: KAUÊ PARRA

ADVOGADO: JOÃO GABRIEL YAEGASHI - PR096920

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO RÉU. OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO POR MEIO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NÃO VIOLAÇÃO DA SÚMULA 455 DESTA CORTE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. VOLUNTARIEDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal, é no sentido de que eventual nulidade decorrente da falta de citação pessoal do réu é sanada quando ocorre o comparecimento do réu aos autos.
2. Na hipótese, inexistente nulidade por ausência de intimação pessoal do réu não encontrado pelo Oficial de Justiça no endereço declinado no interrogatório e que, ciente do inquérito policial contra si instaurado, mudou-se e não informou o novo endereço. Ademais, eventual nulidade restou superada, porquanto diante da notícia de que se encontrava preso, foi citado e ofereceu resposta à acusação por meio de defensor constituído.

3. Revela-se idôneo o fundamento apresentado para a produção antecipada de provas. No caso, em razão do risco irreparável das testemunhas se olvidarem de detalhes relevantes do fato em virtude do decurso temporal.

4. Frise-se que a oitiva antecipada da vítima e do agente policial arrolado como testemunha foi realizada na presença da advogada nomeada para patrocinar a defesa do recorrente, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

5. O benefício do arrependimento posterior exige a reparação integral do dano, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia. *In casu*, consta do acórdão recorrido que a conduta não foi voluntária. A modificação dessa conclusão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.823.407 / PARANÁ (2021/0022983-5)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: KAUÊ PARRA

ADVOGADO: JOÃO GABRIEL YAEGASHI - PR096920

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 831/840, de minha relatoria, em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso

especial por estar o acórdão estadual em harmonia com o entendimento desta Corte em relação à questão da ausência de nulidade da citação editalícia e da fundamentação para a produção antecipada de provas. O recurso também foi obstado pela incidência da Súmula 7/STJ.

A defesa alega a não incidência do Enunciado n. 83/STJ ao caso alegando que não há posição consolidada nesta Corte sobre o tema. Reitera que não foram esgotados todos os meios de localização do recorrente, bem como que não foi apresentada fundamentação para a produção antecipada de provas. Sustenta, por fim, que a verificação da minorante do arrependimento posterior não enseja o reexame de provas.

Objetiva, assim, reconsideração da decisão agravada ou a remessa do feito à apreciação da Turma a fim de que o agravo seja provido.

É o relatório.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.823.407 /
PARANÁ (2021/0022983-5)**

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: KAUE PARRA

ADVOGADO: JOÃO GABRIEL YAEGASHI - PR096920

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO RÉU. OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO POR MEIO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NÃO VIOLAÇÃO DA SÚMULA 455 DESTA CORTE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. VOLUNTARIEDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal, é no sentido de que eventual nulidade decorrente da falta de citação pessoal do réu é sanada quando ocorre o comparecimento do réu aos autos.

2. Na hipótese, inexistente nulidade por ausência de intimação pessoal do réu não encontrado pelo Oficial de Justiça no endereço declinado no interrogatório e que, ciente do inquérito policial contra si instaurado, mudou-se e não informou o novo endereço.

Ademais, eventual nulidade restou superada, porquanto diante da notícia de que se encontrava preso, foi citado e ofereceu resposta à acusação por meio de defensor constituído.

3. Revela-se idôneo o fundamento apresentado para a produção antecipada de provas. No caso, em razão do risco irreparável das testemunhas se olvidarem de detalhes relevantes do fato em virtude do decurso temporal.

4. Frise-se que a oitiva antecipada da vítima e do agente policial arrolado como testemunha foi realizada na presença da advogada nomeada para patrocinar a defesa do recorrente, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

5. O benefício do arrependimento posterior exige a reparação integral do dano, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia. *In casu*, consta do acórdão recorrido que a conduta não foi voluntária. A modificação dessa conclusão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 831/840):

Os elementos existentes nos autos informam que o recorrente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, pelo cometimento do crime do art. 155, § 4º, IV, do CP.

A defesa alega a existência de nulidade decorrente da citação editalícia, considerando que não foram esgotados todos os meios de localização do recorrente, bem como em razão da ausência de fundamentação para a produção antecipada de provas. Sobre o tema o TJPR assim de pronunciou:

“Da leitura do caderno processual, observa-se que no mov. 43.1 foi certificada a impossibilidade de citação pessoal do acusado KAUÊ

PARRA, ante a sua não localização no endereço que havia declinado durante seu interrogatório em sede policial, ocasião em que estava acompanhado de defensor constituído.

[...]

Diante disso, foi determinada a intimação do advogado constituído a fim de que informasse outro endereço em que o réu pudesse ser localizado, entretanto, decorrido o prazo, o defensor quedou-se inerte.”

Assim, considerando que o acusado, ciente do inquérito policial contra si instaurado, mudou-se e deixou de informar o novo endereço, e, empregadas diligências no sentido de localiza-lo, estas restaram infrutíferas, não há que se falar em nulidade da citação editalícia.

Sem embargo, eventual nulidade restou superada com a citação pessoal do acusado (mov. 118.8) após a notícia de que se encontrava preso preventivamente na Delegacia de Polícia Civil de Sarandi e apresentação de resposta à acusação por intermédio de defensor por ele constituído (mov. 134.1), tendo-lhe sido assegurado, portanto, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Logo, considerando que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (CPP, art. 563), rejeito a preliminar suscitada.

[...]

Do mesmo modo, não há que se falar em nulidade decorrente da produção antecipada de provas, com fulcro no artigo 564, inciso V, do Código de Processo Penal.

Ora, a produção antecipada de provas, prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal, possui natureza acautelatória buscando resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, em razão da possibilidade de perecimento da prova em virtude do tempo em que o processo permanece suspenso.

A respeito do tema, consta no enunciado da Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

Na particularidade do caso, tem-se que o magistrado a quo, ainda que de forma sucinta, fundamentou a necessidade da medida no risco irreparável das testemunhas se olvidarem de detalhes relevantes do fato, em razão do decurso temporal, bem como para fins de celeridade e economia processual.

[...]

Não obstante, a oitiva antecipada da vítima e do agente policial arrolado como testemunha foi realizada na presença de advogada nomeada para patrocinar a defesa do apelante, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

[...]

Desse modo, inexistindo demonstração de prejuízo ao direito de ampla defesa do acusado, não há que se falar em nulidade, aplicando-se ao caso o princípio pas de nullité sans grief. (e-STJ fls. 619/621 - grifo nosso)

Verifica-se a partir do trecho acima transcrito que o entendimento do TJPR está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte superior que já decidiu que o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563), o que não ocorreu na espécie, porquanto o recorrente, após a notícia de que se encontrava preso, foi citado e ofereceu resposta à acusação por meio defensor constituído. Também se constatou que a oitiva antecipada da vítima e do agente policial arrolado como testemunha foi realizada na presença de advogada nomeada para patrocinar a defesa do apelante, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Esta Corte, em hipóteses semelhantes, assim já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 213, § 1º, C/C O ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU NÃO ENCONTRADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO NA SECRETARIA DO JUÍZO. NULIDADE SANADA. AUSÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ATUAÇÃO DA DEFESA NOMEADA, COM CIÊNCIA DO RÉU. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio do pas de nullité sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal, é no sentido de que eventual nulidade decorrente da falta de citação pessoal do réu é sanada quando ocorre o comparecimento do réu aos autos.

2. Na hipótese, inexistente nulidade por ausência de intimação pessoal do réu que, não encontrado pelo Oficial de Justiça em duas oportunidades, posteriormente comparece à Secretaria do Juízo de primeiro grau, tomando ciência da ação penal em seu desfavor e requerendo a nomeação de advogado dativo.

3. Não resta caracterizada nulidade por deficiência e tampouco por inexistência de defesa quando a impetração não logrou demonstrar prejuízo concreto ao paciente, o qual foi assistido por defensor nomeado,

com a sua anuência, sendo apresentadas tempestivamente as peças de resposta à acusação e de alegações finais, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 565.856/MG, desta Relatoria, DJe 30/06/2020)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CITAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DO RÉU. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA ESTATAL. SUPERVENIENTE CITAÇÃO PESSOAL. EVENTUAL NULIDADE SANADA. ART. 570 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Frustrada a citação do acusado no endereço previamente declinado, não há nulidade da citação feita por edital, porquanto inviável a realização, pelo juízo, de buscas aleatórias, até porque ausente qualquer indicativo do seu paradeiro. Precedentes.

3. Ademais, após a localização do paciente, foi realizada sua citação pessoal, sendo retomado o curso normal do processo com sua presença. Dessarte, eventual nulidade da citação por edital - o que não se verificou - encontra-se superada, nos termos do que consta do art. 570 do Código de Processo Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 369.096/SC, desta Relatoria, DJe 03/05/2017)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. OFENSA AO DISPOSTO NA SÚMULA 455 DESTA CORTE SUPERIOR. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU FORAGIDO E NÃO LOCALIZADO PARA CITAÇÃO PESSOAL. LAPSO TEMPORAL DE DEZ ANOS ENTRE O FATO DELITIVO E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PELA PARTE. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *A produção antecipada de provas que visa à garantia da efetividade da prestação jurisdicional em razão do risco de seu perecimento, deve ser justificada em elementos concretos dos autos. Demais disso, o ato deve ser realizado com a presença de membro do Ministério Público e de defesa técnica, preservando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.*

2. *Hipótese em que o Juízo de 1º grau demonstrou fundamentadamente a necessidade da produção antecipada de provas, apontando motivos concretos indicativos da medida de natureza cautelar, considerando que o agravante teria se evadido do distrito da culpa após o delito e não fora encontrado para a citação pessoal. O Tribunal estadual ressaltou, ainda, o risco de fragilidade das provas diante do longo decurso do prazo entre o fato delitivo e a produção probatória, distantes uma década. Destacou que “a produção antecipada de provas determinada nos autos da Ação Penal também não ensejaria prejuízo ao paciente, haja vista que o mesmo se encontra representado pela Defensoria Pública Estadual e a qualquer tempo poderá se pronunciar nos autos ou requerer às diligências que entender necessárias ao seu direito de defesa.”* 3. *Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, no processo penal vige, no campo das nulidades, o princípio pas de nullité sans grief, onde cabe à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo ((RHC 97.930/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2018; AgRg no AREsp 1454029/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 06/06/2019 e AgRg no RHC 68.618/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 09/11/2018).*

4. *Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 557.840/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 14/05/2020)*

Por fim, o recorrente pede que seja reconhecida a causa de redução de pena do art. 16 do CP (arrepentimento posterior) argumentando que sua mãe providenciou o ressarcimento da bicicleta à vítima.

Ocorre que a aplicação do arrependimento posterior exige a comprovação da integral reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário.

No caso em apreço, o Tribunal de origem registrou que não houve voluntariedade na conduta do agente que somente após ser pressionado pela vítima providenciou uma nova bicicleta. (e-STJ fl. 645)

Na hipótese, modificar o entendimento das instâncias ordinárias quanto à ausência de voluntariedade na conduta demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. VOLUNTARIEDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. O benefício do arrependimento posterior exige a reparação integral do dano, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia.

In casu, consta do acórdão recorrido que a conduta não foi voluntária e que o reembolso teria ocorrido com o intuito de obstar a deflagração de Ação Penal, tendo o Requerente tentado se esquivar das consequências advindas da apuração delitiva. Essa conclusão não pode ser alterada em recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1399240/MG, desta Relatoria, DJe 15/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. PECULATO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REQUISITO ESSENCIAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA B. REEXAME DE PROVAS. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. PERCENTUAL. PROPORCIONALIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - No presente caso, o aumento da pena-base, ainda que sucinto, está fundamentado em dados concretos dos autos, os quais ultrapassam as características ínsitas ao tipo, ante a culpabilidade e as consequências do crime desfavoráveis ao recorrente, não comportando qualquer reparo. Precedentes.

III - A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos, e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda pelo Superior Tribunal de Justiça.

IV - A ausência de requisito essencial (ato voluntário do réu em restituir o bem subtraído) impede o reconhecimento do arrependimento posterior.

V- Em relação à atenuante, a Corte local assentou que o apelante nada fez como ato reparatório após o recebimento da denúncia, de modo que aferir tal circunstância importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do mandamus.

Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 400.294/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 18/09/2017)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Intimem-se.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no AREsp 1.823.407 / PR

Número Registro: 2021/0022983-5

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064892520168160017 64892520168160017

EM MESA

JULGADO: 22/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: KAUÊ PARRA

ADVOGADO: JOÃO GABRIEL YAEGASHI - PR096920

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: KAUÊ PARRA

ADVOGADO: JOÃO GABRIEL YAEGASHI - PR096920

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 21 / RIO DE JANEIRO (2019/0271963-5)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

SUSCITANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

SUSCITADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SUSCITADO: JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: C.S.S.

INTERES.: L.R.J.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: MARIA BEATRIZ GALLI BEVILACQUA - RJ080944

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

**ADVOGADOS: ATANASIO DARCY LUCERO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO - PR081852**

MARIA BEATRIZ GALLI BEVILACQUA - RJ080944

**THALES ARCOVERDE TREIGER - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RJ108409**

**ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
- BA031963**

EMENTA

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. INCURSÕES POLICIAIS NA FAVELA NOVA BRASÍLIA/RJ, EM 1994 E 1995, QUE RESULTARAM, CADA UMA, NA MORTE DE 13 PESSOAS E, A PRIMEIRA DELAS, TAMBÉM EM ABUSOS SEXUAIS COMETIDOS CONTRA TRÊS MULHERES, DUAS DAS QUAIS ERAM MENORES DE 18 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM FEV./2017, POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS. 1) PROVIDÊNCIAS SUBSEQUENTES DO ESTADO BRASILEIRO QUE CULMINARAM NO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA OS ACUSADOS DE PARTICIPAR DOS HOMICÍDIOS E DOS ABUSOS SEXUAIS OCORRIDOS EM 1994. INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIA

DE QUE OS ÓRGÃOS DO SISTEMA JUSTIÇA (ESTADUAL) CAREÇAM DE ISENÇÃO OU DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA DESEMPENHAR AS FUNÇÕES DE APURAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CASOS. 2) SUCESSIVOS ARQUIVAMENTOS DO INQUÉRITO REFERENTE AOS EVENTOS OCORRIDOS EM 1995, ANTE A AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS DE ATUAÇÃO ILÍCITA DA AUTORIDADE POLICIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DE DELITOS RELACIONADOS À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PRECEDENTE DESTA CORTE NO RESP 1.798.903/RJ, QUE RECONHECEU A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE QUE O BRASIL É SIGNATÁRIO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, PARA MANTER A VALIDADE DA PRESCRIÇÃO DE DELITOS, AINDA QUE COMETIDOS EM VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE EM DESLOCAR PARA A JUSTIÇA FEDERAL A INVESTIGAÇÃO DE DELITOS JÁ PRESCRITOS E EM RELAÇÃO AOS QUAIS NÃO FOI ENCONTRADO LASTRO MÍNIMO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. PARECER FINAL DO MPF PELA REJEIÇÃO DO IDC. INCIDENTE JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O Incidente de Deslocamento de Competência foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu um § 5º no art. 109 da Constituição Federal, atribuindo a esta Corte a competência para o seu julgamento.

Na esteira do comando constitucional, a Resolução STJ n. 6, de 16/02/2005, promoveu a inserção de tal incidente no rol dos feitos submetidos a este Tribunal Superior, sem contudo, à míngua de norma legal que regulamente devidamente a previsão constitucional, dispor sobre regras que orientem o modo como deve ele tramitar e ser processado.

2. A jurisprudência consagrou três pressupostos principais que devem ser atendidos simultaneamente para o acolhimento do Incidente de Deslocamento de Competência: (i) a constatação de grave violação efetiva e real de direitos humanos; (ii) a possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e (iii) a evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção.

3. No julgamento dos IDCs n. 3/GO e 5/PE, a Terceira Seção desta Corte ressaltou que o deslocamento de competência efetuado no incidente constitucional, por se tratar de exceção à regra

geral da competência absoluta, somente deve ser efetuado em *situações excepcionálissimas*, mediante a demonstração de sua necessidade e imprescindibilidade “ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições – ou de uma ou outra delas – responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal” (IDC 5/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014). Desse raciocínio, revela-se o caráter de excepcionalidade da providência determinada no incidente.

4. *In casu*, no que se refere às 13 lamentáveis mortes ocorridas após incursão policial na Favela Nova Brasília/RJ em 1994, a despeito de ter ocorrido uma patente omissão estatal na investigação durante mais de dez anos, foram apuradas provas suficientes para o oferecimento de denúncia e para a pronúncia dos investigados, cujo julgamento esteve marcado para o mês em curso, o que demonstra que a máquina estatal, por meio das instituições judiciárias estaduais, vem agindo, atualmente, a contento, no sentido de efetuar a devida persecução penal dos apontados como envolvidos nas mortes em questão. Júri realizado (16/08/2021). Sistema recursal pertinente.

Não se evidenciando, na atualidade, incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro ou da Justiça estadual, no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção, revela-se desnecessário o deslocamento de competência.

Na mesma linha, se orientaram o parecer final do Ministério Público Federal e a manifestação das entidades admitidas como *amicus curiae* (a Defensoria Pública da União e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL).

Cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5. Da mesma forma, a constatação de que já foi oferecida e recebida denúncia contra os perpetradores dos abusos sexuais cometidos em 1994, estando a ação penal em curso normal, leva à conclusão de que, mesmo tendo ocorrido inegável desídia na investigação de tais delitos por mais de vinte anos, o desempenho atual do Ministério Público estadual e da Justiça Estadual não

traduz nenhum tipo de vício apto a justificar o deslocamento da competência da ação penal em questão para a Justiça Federal.

Também opinaram contra a federalização da referida ação penal o parecer final do Ministério Público Federal, assim como a Defensoria Pública da União e o CEJIL, tendo esses últimos ressaltado que, no último escrito encaminhado pelas vítimas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi por elas manifestado o interesse de que as investigações da incursão da 1994 se mantivessem na esfera estadual.

Observância da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. Quanto aos eventos decorrentes da operação policial na Favela Nova Brasília/RJ, em maio/1995, ainda que patente o descaso estatal na condução de inquérito policial que perdurou, inicialmente, por 14 (quatorze) anos, culminando em sucessivos arquivamentos, não se justifica anular acórdão do Tribunal de Justiça que referendou o derradeiro arquivamento do inquérito, com o objetivo de encaminhá-lo à Justiça Federal para apuração de delito ocorrido há mais de 25 (vinte e cinco) anos e já acobertado pela prescrição, tanto mais quando, mesmo a mais recente tentativa do Ministério Público estadual de reabrir as investigações, após a condenação imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se revelou infrutífera.

De se ressaltar que o parecer final do Ministério Público Federal opinou no sentido de que “houve efetiva investigação policial suficiente para que o Ministério Público estadual analisasse a materialidade e autoria dos crimes objeto do Inquérito Policial, tendo concluído, na qualidade de titular da ação penal, pela ausência de lastro probatório suficiente ao oferecimento da denúncia, razão pela qual não se encontra caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro”.

Regularidade da atuação do *Parquet* estadual. Fiscalização do MPF, como fiscal da ordem jurídica no âmbito da instância especial. Manifestação do Vice-Procurador-Geral, por delegação do Procurador-Geral da República.

Argumentação de reforço. Interpretação da Terceira Seção do STJ, em consonância com a diretriz do Excelso Pretório.

7. No que concerne ao instituto da imprescritibilidade, a Constituição Federal dispõe serem imprescritíveis, nos termos do art. 5º, incisos XLII e XLIV, apenas a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

8. O tratado internacional ratificado pelo Brasil, mas não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, possui *status* de norma supralegal e deve ser compatibilizado com o princípio constitucional da legalidade.

9. O reconhecimento da prescrição de determinado delito pelo ordenamento jurídico nacional, ainda que reputado imprescritível em tratado internacional ratificado pelo Brasil, mas considerado norma supralegal no ordenamento jurídico interno (como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica), não configura resistência ao cumprimento de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou reticência em exercer o controle de convencionalidade, “porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais” (REsp 1.798.903/RJ, Rel. para o acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/10/2019).

A propósito: STF, Ext 1362, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-175, DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018.

10. Incidente de Deslocamento de Competência julgado improcedente.

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, julgar improcedente o Incidente de Deslocamento de Competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato

(Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas. O Dr. André Ribeiro Porciúncula (Defensor Público da União) sustentou oralmente pela parte "*amicus curiae*": Defensoria Pública da União.

O Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pelas partes interessadas: C.S.S. e L.R.J.

O Dr. Orlando Carlos Neves Belém (Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pelo interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 21 / RIO DE JANEIRO
(2019/0271963-5)**

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

SUSCITANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

SUSCITADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SUSCITADO: JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: C.S.S.

INTERES.: L.R.J.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

**ADVOGADOS: ATANASIO DARCY LUCERO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO - PR081852**

MARIA BEATRIZ GALLI BEVILACQUA - RJ080944

**THALES ARCOVERDE TREIGER - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RJ108409**

**ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
- BA031963**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de Incidente de Deslocamento de Competência suscitado pelo Ministério Público Federal, com amparo no § 5º do art. 109 da CF/88, pleiteando seja deslocada para a Justiça Federal a competência para a condução de inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais e eventuais ações penais já ajuizadas para processar e julgar autoridades policiais supostamente responsáveis pelas mortes de 26 (vinte e seis) moradores da comunidade denominada “Favela Nova Brasília”, no total, entre as quais 4 (quatro) eram menores de idade, em operações policiais ocorridas em 18/10/1994 e 8/5/1995, assim como para responder pela violência sexual sofrida por 3 (três) mulheres, duas delas com 15 e 16 anos à época, na mesma ocasião.

Esclarece que “A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em sentença de 16 de fevereiro de 2017, no caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) contra a República Federativa do Brasil, condenou o Estado brasileiro por graves violações de direitos humanos nos episódios de mortes e violência sexual ocorridos em operações policiais no Estado do Rio de Janeiro, em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995” (e-STJ fl. 1).

Na mencionada sentença, a CIDH apontou a inexistência de apuração dos crimes de violência sexual, reconheceu que a atuação das autoridades judiciais careceu da devida diligência e que o desenvolvimento dos processos não ocorreu em um prazo razoável, “encerrando-se as investigações sem que se tivesse chegado a nenhuma análise de fundo, e reabrindo-se vários anos depois a investigação a respeito dos fatos de 1994, sem que, até esta data, se tenha agido com diligência no âmbito desse processo. O inquérito sobre os fatos de 1995 foi reaberto e arquivado novamente, sem que nele se registrasse avanço algum. Além disso, foi aplicada a prescrição à investigação dos fatos, apesar de constituírem prováveis execuções extrajudiciais e tortura (par. 226 supra)” (item 291 da sentença). Determinou, por fim:

São pontos resolutivos da sentença, assim, entre outros:

12. O Estado deverá conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. A respeito das mortes ocorridas na incursão

de 1995, o Estado deverá iniciar ou reativar uma investigação eficaz a respeito desses fatos, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. O Estado deverá também, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência, no sentido disposto no parágrafo 292 da presente Sentença.

13. O Estado deverá iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual, no sentido disposto no parágrafo 293 da presente Sentença.

Esclarece, ainda, que, atendendo à solicitação do Ministério Público Federal, “O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro encaminhou cópia dos autos da Ação Penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001, que apura os crimes ocorridos em 1994, bem como da promoção de arquivamento do processo referente aos crimes do ano de 1995. Em ocasião posterior, em 2018, o MP/RJ noticiou a reabertura das investigações, sem nenhuma notícia de apuração dos autores das graves violações de direitos humanos acima retratadas” (e-STJ fl. 4).

Pontua, por fim que, “Em 5 de fevereiro de 2018, em atenção a petições dos representantes e do Estado brasileiro, a Corte proferiu sentença de interpretação, reiterando não ser legítima a imposição de obstáculos de caráter processual, tal como a prescrição, para a punição pelos crimes de que tratam os autos, inclusive os de caráter sexual, todos praticados em contexto de gravíssima violação de direitos humanos” (e-STJ fl. 7). Sobre o tema, relevante a transcrição dos seguintes trechos dessa última sentença interpretativa:

28. Como o Tribunal afirmou em repetidas ocasiões, nenhuma lei ou disposição interna, inclusive leis de anistia e prazos de prescrição, pode ser invocada para o descumprimento das obrigações internacionais dos Estados, até mesmo as decisões da própria Corte quanto à investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos. Não fosse assim, os direitos consagrados na Convenção Americana estariam desprovidos de proteção efetiva. Esse entendimento da Corte obedece à letra e ao espírito da Convenção bem como aos princípios gerais do Direito Internacional.

29. Em suma, ao interpretar os parágrafos 250, 252, 255 e 291 a 293, além do ponto resolutivo 10, da Sentença, observa-se que: i) não são admissíveis obstáculos processuais de nenhuma espécie, que impeçam a investigação de graves violações de direitos humanos; ii) os crimes de estupro podem ser considerados uma forma de tortura; e iii) os atos de estupro no presente caso foram cometidos por agentes do Estado contra

peças que estavam sob sua custódia e num contexto de execuções extrajudiciais e torturas, o que foi considerado de extrema gravidade por este Tribunal. Assim, esta Corte esclarece o motivo pelo qual decidiu pela impossibilidade de aplicação dos “obstáculos processuais” aos atos de violência e execução extrajudicial, e que tal decisão também se estende aos atos de estupro, aplicando-se a exclusão da prescrição da ação penal para os crimes cometidos no presente caso.

Defende a necessidade do deslocamento da competência em virtude da *atuação deficitária e morosa das autoridades locais*, tanto por parte das autoridades policiais, quanto por parte do Ministério Público estadual.

Em relação às autoridades policiais, porque teriam qualificado as 13 mortes ocorridas em outubro/1994 como “resistência com morte dos opositores”, sem chegar a investigar os delitos de violência sexual.

Além disso, “Sobre os crimes ocorridos em 8 de maio de 1995, foi instaurado o Inquérito Policial n. 61/95, após a qualificação dos fatos, em boletim de ocorrência, como “tráfico de drogas, grupo armado e resistência seguida de morte”. Uma semana após a ocorrência dos fatos, iniciou-se, nos autos do inquérito, além da realização de diligências, processo sumário para conceder “promoção por ato de valentia” a todos os policiais que participaram da operação. Naquele mesmo mês de maio de 1995, 19 (dezenove) policiais que participaram da incursão prestaram depoimento como testemunhas e, no mesmo ano, realizou-se investigação sobre os antecedentes criminais das vítimas” (e-STJ fl. 14).

No que toca à atuação do Ministério Público Estadual, a negligência poderia ser depreendida do fato de que, no que se refere às mortes de 1994, entre os anos 2000 e 2007 não teria promovido nenhuma diligência relevante para desvendar o acontecido, limitando-se a promover movimentações burocráticas, e, em 2009, promoveu o arquivamento dos dois inquéritos em curso (IP n. 187/94 e 52/94) por prescrição dos delitos de abuso de autoridade, agressões, torturas e outras infrações.

Em maio/2013, ambos os inquéritos foram desarquivados e foi oferecida denúncia contra 6 (seis) policiais por homicídio na Ação Penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001.

Já no que toca às mortes de 1995, “O inquérito tramitou por 14 (quatorze) anos, até 2009, quando foi homologado judicialmente o arquivamento requerido pelo Ministério Público estadual, para quem os policiais agiram em legítima defesa. Em outubro de 2012, o Ministério Público solicitou o desarquivamento dos autos, alegando falhas em sua condução. Negado pelo juízo, o órgão ministerial seguiu nas investigações e, em 2013, foi instaurado novo inquérito, que acabou arquivado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de nulidade das provas produzidas após o primeiro arquivamento. O Tribunal lastimou, na ocasião, o fato de que “os acusados estariam sofrendo tortura psicológica decorrente da perpetuação investigatória por 19 anos”. (e-STJ fl. 14).

Após a prolação da sentença de interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em fev./2018, o Procurador-Geral de Justiça determinou o desarquivamento da investigação penal concernente aos fatos de 1995 (IP n. 0142708-59.2009.8.19.0001, em curso perante a 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro), ocasião em que o *Parquet* estadual afirmou que conduziria as investigações no âmbito do Ministério Público, sem participação da polícia judiciária, devido ao fato de os investigados, em sua maioria, integrem (ou terem integrado) os quadros da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Isso não obstante, decorridos mais de dois anos da sentença condenatória internacional da CIDH, não teria havido avanços nas investigações estaduais.

Pondera, ainda, que, “Para além da discussão a respeito do momento adequado para definir-se se ocorrente ou não, em tese, a prescrição, é manifesta a obrigatoriedade de cumprimento da decisão da Corte IDH, de caráter vinculante para o Estado brasileiro” (e-STJ fl. 22).

Lembra, no que se refere à prescrição, que recentemente (em 24/04/2018) a Quinta Turma desta Corte, julgando o RHC 46.250, de Relatoria do Min. JOEL YLAN PACIORNIK, reconheceu a legitimidade do desarquivamento do inquérito referente às mortes de 1994, na favela Nova Brasília, atestando a inocorrência do transcurso do prazo prescricional.

Pede, assim, “seja o Incidente de Deslocamento de Competência conhecido e deferido, transferindo-se a investigação, o processamento e o julgamento dos crimes de que tratam os autos, praticados nos anos de 1994 e 1995, na Favela Nova Brasília, para a esfera federal” (e-STJ fl. 27).

Às fls. 5.510/5.513, o Ministério Público do Rio de Janeiro pediu autorização para ingressar no feito como terceiro interessado, com fundamento na legislação processual existente e que permite a participação do *Parquet* Estadual (art. 1.035, § 4º, e art. 1.038, inciso I, ambos do CPC) e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 323, § 3º) e Regimento Interno dessa Corte da Cidadania (art. 271-D), que preveem a possibilidade de manifestação de terceiros interessados na matéria objeto de repercussão geral, repetitivos e outros temas, tal como o Incidente de Assunção de Competência – IAC.

Requeria, ademais, sua intimação “de todos os atos e movimentações processuais, com a consequente participação e abertura de vista para que se manifeste sempre que achar necessário, portanto, integrando a lide em apreço” (e-STJ fl. 5.512).

Em memorial apresentado, em apartado, no dia 25/9/2019, o MPRJ afirma que “desde a publicação da sentença, não hesitou em assumir a responsabilidade pelo efetivo cumprimento dos pontos resolutivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), através de uma investigação isenta e eficaz dos fatos ocorridos, visando punir as graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes do Estado, de modo que não há a incapacidade que esta Egrégia Corte (IDC n. 1/PA) define como um dos requisitos exigidos à procedência do presente Incidente

de Deslocamento de Competência, o qual se espera seja rejeitado de plano, ante a flagrante ausência dos parâmetros constitucionais exigidos”.

Aduz que, “*No que tange aos homicídios ocorridos no ano de 1994, encontra-se em andamento no 1º Tribunal do Júri da Comarca da Capital a ação penal autuada sob o n. 0271673-52.2009.8.19.0001, estando em fase de recurso contra decisão de pronúncia. Por outro lado, em relação aos homicídios referentes ao ano de 1995, os autos foram desarquivados pela Procuradoria-Geral de Justiça e remetidos ao GAESP para nova investigação, resultando em analítico e fundamentado arquivamento firmado no Inquérito Policial n. 901-00892/2013, em 05/05/2015*”.

Além disso, “o GAESP instaurou, em 01 de outubro de 2018, o Procedimento Investigatório Criminal n. 007/2018 com objetivo de apurar as violências sexuais do ponto resolutivo n. 11” (da sentença condenatória da CIDH). Foi realizada perícia multidisciplinar e especializada nos reflexos psicológicos de vítimas de abusos sexuais, com base no Protocolo de Istambul e o laudo pericial está em fase de finalização.

Em petição apresentada em 4/2/2020, duas das vítimas dos crimes sexuais (C.S.S. e L.R.J.), representadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, pleitearam, também, sua habilitação no feito como interessadas, solicitando fosse “mantido sigilo sobre a identidade e qualificação das vítimas, mantendo-se em apartado aos autos principais os documentos anexos contendo informações pessoais das vítimas, de modo que o acesso aos dados seja possibilitado tão somente mediante autorização judicial expressa e específica” (e-STJ fl. 5.567).

Às fls. 5.516/5.522, consultei o Min. JOEL ILAN PACIORNIK sobre sua eventual prevenção para relatar este IDC, uma vez que figurou como relator do RHC n. 46.250, no qual foi reconhecida a legitimidade do desarquivamento do inquérito referente às mortes de 1994, na favela Nova Brasília, por não ter transcorrido o prazo prescricional. Entretanto, o Min. JOEL, em despacho de fls. 5.579/5.584, rejeitou a prevenção, ao argumento de que “em feitos da competência de Seção, não se observará a prevenção decorrente de ação, recurso ou incidente julgado anteriormente em Turma desta Corte, por se tratarem de órgãos jurisdicionais distintos”.

Dando prosseguimento ao feito, admiti o ingresso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, assim como o de C.S.S. e de L.R.J., como terceiros interessados no feito, determinando que fossem mantidos em segredo de justiça os documentos juntados aos autos pelas vítimas de delitos sexuais (e-STJ fl. 5.589).

Às fls. 5.609/5.615, proferi decisão admitindo o incidente e determinando a intimação do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e do Juízo de Direito da Vara do 1º Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro, para que prestassem informações sobre as alegações postas nos autos.

Às fls. 5.638/5.655, o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal III Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro prestou informações, esclarecendo que o *Inquérito*

Policial n. 0142708-56.2009.8.19.0001, no qual se apuravam as circunstâncias em que se deram as mortes de 13 (treze) pessoas, ocorridas após operação policial realizada pela extinta Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos Contra Estabelecimentos Financeiros – DRRFCEF – da PCRJ, no interior da Comunidade Nova Brasília, no dia 08 de maio de 1995, foi arquivado, inicialmente, em 16/06/2009.

Solicitado seu desarquivamento, em ago./2012, a pedido do Procurador de Justiça, o pleito foi indeferido pelo magistrado de 1º grau em decisão de 11/12/2012, ao fundamento de que “Não se aplica, *in casu*, a regra preconizada pelo artigo 18 do Código de Processo Penal. Não se trata de arquivamento do inquérito pela insuficiência das provas, mas sim por uma causa material – a exclusão da ilicitude acatada preteritamente pelo Estado-Juiz, ainda que em lacunoso ‘arquite-se’. Ademais, se algum vício incide sanado pela *res judicata* absoluta, pois não admitimos da rescisão *pro societates*” (e-STJ fl. 5.641).

Novo pleito de desarquivamento foi formulado pelo Ministério Público estadual em 2015, e indeferido, em decisão de 04/05/2015, pelo Juízo então titular da Vara, por entender que não havia nenhuma notícia de prova nova apta a autorizar o desarquivamento.

Os autos foram remetidos ao arquivo em 25/06/2015, 16/06/2016, 18/08/2017, 25/04/2018, 27/09/2018 com solicitações de desarquivamento pelo juízo e a pedido do Ministério Público.

Em 04/02/2020 foi determinado novo arquivamento pelo Juízo titular da vara, acolhendo as ponderações do *Parquet*.

Foram prestadas informações também pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (e-STJ fls. 5.658/5.670), nas quais narra, em síntese, que:

- o Inquérito Policial n. 0142708-56.2009.8.19.0001 foi arquivado em definitivo, em 19/3/20;

- a ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001, na qual Rubens de Souza Bretas, Plínio Alberto dos Santos Oliveira, José Luiz Silva dos Santos, Carlos Coelho Macedo, Ricardo Gonçalves Martins e Paulo Roberto Wilson da Silva foram denunciados pela suposta prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, teve prosseguimento, com pronúncia dos réus em 07/11/2018. Sobrevindo a morte de Plínio Alberto dos Santos Oliveira, foi declarada extinta sua punibilidade em decisão de 19/03/2019.

Interpostos recursos em sentido estrito pelos demais corréus, a eles foi negado provimento pela 8ª Câmara Criminal do TJ/RJ, em sessão de 02/10/2019 (acórdão publicado em 04/10/2019). Contra tal julgado, a defesa de Paulo Roberto Wilson da Silva manejou recurso especial que foi inadmitido em decisão datada de 11/03/2020 (publicada em 08/04/2020).

Por sua vez, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal – I Tribunal do Júri, da Comarca do Rio de Janeiro, prestou informações às e-STJ fls. 6.679/5.681, ratificando os esclarecimentos já prestados pela Presidência do TJ/RJ, no tocante à ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001.

A seu turno, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro prestou informações às e-STJ fls. 5.683, 5.700 e 6.204/6.207, nas quais descreve, inicialmente, sua dificuldade para localizar os Inquéritos de números 052/94, 187/94 e 061/95, visto que o sistema informatizado de registros e consultas tem início apenas a partir do ano 2000, assim como a dificuldade de localizar investigações referentes aos crimes de violência sexual descritos no presente incidente, em virtude da ausência de informações sobre a qualificação das vítimas.

Afirma, no entanto, ter encontrado a informação de que o Inquérito Policial n. 0142708-56.2009.8.19.0001 foi confeccionado em 09/07/2013 e encontra-se registrado sob responsabilidade da DH-Capital, na categoria “Inquérito” e com situação “Enviado à Justiça”.

Junta, ainda, cópia do último Registro de Ocorrência Aditado, de número 901-00892/2013-07 (visto por cópia às e-STJ fls. 5.685/5.694), datado de 17/02/2014, no qual são elencados nomes de testemunhas, armas apreendidas e o registro de “recebimento do inquérito policial nº 217/2004, da Coinpol, oriundo da 1ª Central de Inquéritos, para continuação das investigações pela Divisão de Homicídios, onde a Autoridade Policial exarou o seguinte despacho: “Reautue-se, registrando como Homicídio - artigo 121 do Código Penal (reautuação oriunda do I.P.217/2004 da Coinpol)” assinado Dr. Fábio Cardoso Junior, Delegado de Polícia, matrícula 860.904-2”.

Complementando seus esclarecimentos anteriores, em 22/06/2020, traz aos autos informações de que:

- O IP 052/1994, instaurado para apurar agressões em operações na Favela Nova Brasília, em 17/11/94, foi reautuado, na antiga COINPOL, sob o n. 141/2002 e tem como última movimentação “Remetido à PGE, EM 10/10/2008, recebido pelo ESTAGIÁRIO RAFAEL PENELA RIBEIRO, mat. 00074/14-PGE”;

- O IP 187/1994, instaurado para apurar auto de resistência com morte na Favela Nova Brasília, foi reautuado, na antiga COINPOL, sob o n. 225/2003, e apresenta indicação de apensamento ao IP 141/2002; e

- o IP n. 061/1995, instaurado na DRRFCER, em 15/5/95, para apurar tráfico de entorpecentes, quadrilha armada, com resistência e evento morte, foi sucessivamente reautuado como IP n. 120/2001 e IP 217/2004, constando como última tramitação “Relatado e remetido para 1ª Central de Inquéritos da Capital, em 01/10/2008”, sem indicação de comunicação de resultado.

Também o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro prestou informações (e-STJ fls. 5.719/5.730), em 21/06/2020, nas quais esclarece que, desde que teve ciência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instituiu uma Comissão Permanente para acompanhamento do cumprimento da Sentença do Caso Nova Brasília. Essa Comissão elaborou relatório e parecer jurídico sobre o caso com o intuito de se afastar qualquer argumento preliminar que obstasse as investigações, durante os meses de junho e julho/2018.

Após a conclusão pelo dever de cumprimento dos Pontos Resolutivos nº 10 e 11 da sentença, o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública, instituído

pela Resolução GPGJ nº 2.021/2015, órgão integrante da Procuradoria-Geral deste MPRJ, que tem por finalidade realizar o controle externo da atividade policial em sua essência, foi designado para prosseguir nas supracitadas investigações determinadas.

Narra que, para exaurir a investigação no plano dos crimes sexuais, foi instaurado no GAESP, o Procedimento Investigatório Criminal nº 007/2018, em 01 de outubro de 2018, com objetivo de apurar as violências sexuais do ponto resolutivo nº 11. O *Parquet* estadual, em parceria com o IBAHRI (*International Bar Association's Human Rights Institute*) diligenciou no sentido de promover a realização de laudo pericial, em ago./2019, com psicóloga colombiana em conjunto com perito-legista que ouviram duas vítimas dos abusos sexuais (a terceira vítima afirmou ter interesse em deixar tais eventos no passado e não voltar a revolvê-los), laudo esse que deu amparo a denúncia distribuída para o Juízo de Direito da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, sob o n. 0338179-58.2019.8.19.0001, que se encontra em fase de conversão para processo eletrônico, a fim de que seja analisado o recebimento da denúncia.

Com referência aos homicídios ocorridos em 1994, lembra que está em curso no 1º Tribunal do Júri da Comarca da Capital, o andamento de ação penal, sob o nº 0271673-52.2009.8.19.0001, que apura os fatos e na qual os réus já se encontram pronunciados, o que por si só já atende as determinações do ponto resolutivo nº 10. Salienta, no particular, que a referida ação penal já está pronta para julgamento pelo tribunal do júri pelo que defende que o deslocamento do julgamento do processo não se revelaria plausível.

No que tange aos homicídios ocorridos no ano de 1995, afirma que os autos foram desarquivados pela Procuradoria-Geral de Justiça deste Ministério Público e remetidos também, com designação, ao GAESP para conduzir nova investigação. Foi realizado estudo técnico pericial independente sobre os laudos constantes dos autos que indicaram ausência de indícios de execução, o que resultou em novo analítico e fundamentado arquivamento do IP n. 901-00892/2013, em 04/05/2015, o que, no seu entender, atende às exigências da CIDH.

Ressalta, em relação aos fatos ocorridos em 1995, que “o perito-legista afirma, em tom peremptório, que “NÃO FOI OBSERVADO PREDOMÍNIO DE DISPAROS EM QUALQUER OUTRA REGIÃO QUE PUDESSE SUGERIR AÇÕES DE EXECUÇÃO (DISPAROS EXCLUSIVAMENTE NA CABEÇA) OU EMBOSCADA (DISPAROS PELAS COSTAS)” e que “NÃO FORAM DESCRITOS NOS LAUDOS CADAVERÍCOS APRESENTADOS, QUAISQUER VESTÍGIOS CARACTERIZANDO DISPARO REALIZADO COM ARMA À CURTA DISTÂNCIA” e que a presença de placas de escoriações em cinco vítimas “PODEM SUGERIR QUEDAS AO SOLO OU AINDA QUE OS CADÁVERES POSSAM TER SIDO ARRASTADOS, COM CONSEQUENTE ATRITO AO SOLO, PARA QUE FOSSEM LEVADOS ATÉ A VIATURA QUE OS CONDUZIU AO HOSPITAL” (fls. 1167/1171 dos autos original)” (e-STJ fl. 5.730).

Sustenta, assim, que “as medidas tomadas pelo *Parquet* Estadual nas hipóteses que ensejaram o IDC 21/2019, submetido ao exame de Vossa Excelência, são subsistentes, assegurando que o Estado do Rio de Janeiro, pela atuação do

Ministério Público e do Poder Judiciário, não se pautou pela inércia, leniência, tibieza, enfim, algo que indique a omissão do Estado do Rio de Janeiro, por suas autoridades constituídas, diante dos fatos que agora são questionados e, portanto, todos os meios investigatórios foram empregados para a solução das proposições suscitadas pela Corte Interamericana” (e-STJ fls. 5.732/5.733).

Informa, ao final, que tem mantido a devida prestação de informações à CIDH e protesta pela apresentação de alegações finais.

Em 20 de agosto de 2020, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro juntou decisão proferida nos autos da Ação Penal nº 0338179-58.2019.8.19.0001, que recebeu denúncia em face de Rubens de Souza Bretas e José Luiz Silva dos Santos pela suposta prática de crimes de estupro (fls. 6210/6212 e-STJ).

Às fls. 6.339/6.340, indeferi o pedido do MP/RJ de apresentação de alegações finais, por entender não ser tal manifestação cabível em processo de natureza objetiva, mas ressalvei a possibilidade de apresentação de memoriais por terceiros interessados.

Às fls. 6.236/6.335, a Defensoria Pública da União e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) pleitearam seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

Na mesma petição, as duas entidades defenderam a necessidade de federalização *apenas do feito referente à incursão de 1995*.

Embora ressaltem a existência de notória inércia da autoridade policial na investigação dos eventos ocorridos em 1994, sobretudo porque os inquéritos policiais (n^{os} 187/94, conduzido pela Divisão de Repressão a Entorpecentes – DRE, e 52/94, este último posteriormente convertido no IP 141/02, da Delegacia contra Tortura) ficaram totalmente paralisados até 2000 e, após pouco avanço, culminaram com um relatório final apontando a prescrição dos delitos em 2009, reconhecem que já existe ação penal do Tribunal do Júri (autos nº 0271673-52.2009.8.19.0001) e ação penal relativa aos crimes sexuais (autos nº 0338179-58.2019.8.19.0001, da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

Quanto à ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001, afirmam que “O deslocamento de tal ação penal para a esfera federal traria um novo juízo à causa, o que acarretaria a extensão de prazo da ação para além do razoável, tendo em vista que já se somam mais de 25 anos em que o caso permanece sob o manto da impunidade. Sendo assim, federalizar a referida ação penal nesse momento seria uma denegação de justiça aos familiares das vítimas que teriam de aguardar ainda mais tempo para a resolução do caso” (e-STJ fl. 6.266).

Já no que concerne à ação penal n. 0338179-58.2019.8.19.0001 (crimes sexuais), ponderam que “no último escrito encaminhado pelas vítimas à Corte IDH (anexo), foi por elas manifestado o interesse de que as investigações da incursão da 1994 se mantivesse na esfera estadual” (e-STJ fl. 6.268).

Com relação às mortes ocorridas na incursão de 1995, investigadas inicialmente pela Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros (DRRFCEF) da Polícia Civil do Rio de Janeiro no IP 061/95, como “tráfico de drogas

de grupo armado e resistência seguida de morte”, apontam inércia da autoridade policial que, após ouvir os policiais envolvidos na operação policial e investigar os antecedentes criminais das vítimas, concluiu que nenhuma diligência probatória adicional era necessária.

Somente após solicitação do Ministério Público, em 29/01/1996, foram ouvidos os familiares das 13 (treze) vítimas e somente em 25/09/2000, quase cinco anos depois dos eventos, foi apresentado laudo pericial com as autópsias das vítimas.

Em 10 de agosto de 2000, o inquérito policial recebeu um novo número: IP nº 120/01, mas ficou paralisado até 30 de novembro de 2004, quando o Chefe da Polícia Civil o submeteu à competência da COINPOL. Em 29 de dezembro de 2004 esse inquérito policial recebeu um novo número (IP nº 217/04).

O prazo para a conclusão do inquérito policial expirou sucessivas vezes. Entre abril de 2006 e junho de 2008, esse prazo foi renovado sucessivamente, sem avanços nas diligências. Finalmente, em 23 de setembro de 2008, o delegado encarregado desse inquérito emitiu um relatório concluindo que “em aproximadamente treze anos de investigação, o que foi coligido aos autos nos remete à ocorrência de um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente a uma ‘guerra’, culminou com mortes e pessoas mortas feridas”.

Arquivado o inquérito em 18/06/2009, houve tentativa de desarquivamento pelo Ministério Público em 31/10/2012, indeferida pelo Juízo de 1º grau, até que, em 10/01/2013, o Procurador-Geral de Justiça determinou a realização de nova investigação, o que levou a Divisão de Homicídios a abrir novo IP em 09/07/2013. Seguiram-se a oitiva de testemunhas, a realização de diligências relativas às armas usadas na incursão policial. Finalmente, em 07 de maio de 2015, foi proferida a decisão da 3ª Vara Criminal do determinando do inquérito policial e a nulidade das provas produzidas após o desarquivamento do expediente do Ministério Público, por estar em contradição com o decidido pelo Juiz da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Além disso, o Juízo considerou que os acusados estariam sofrendo “tortura psicológica” decorrente da “perpetuação investigatória”, que durava 19 anos, o que, no entender da DPU e do CEJIL evidenciaria parcialidade do julgador.

Ouvido sobre o pedido de ingresso da DPU e do CEJIL no feito na qualidade de *amicus curiae*, o Ministério Público Federal se manifestou contrariamente (e-STJ fls. 6.361/6.362).

Isso não obstante, em decisão de 05/06/2021 (e-STJ fls. 6.373/6.379) deferi o ingresso da Defensoria Pública da União e do CEJIL no feito como *amicus curiae*.

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, em 28/05/2021, o Ministério Público Federal ofereceu parecer no qual reconhece a existência de grave violação de direitos humanos, assim como o descumprimento de obrigação decorrente de tratado internacional do qual o Brasil é parte, em especial o Pacto de São José da Costa Rica, descumprimento esse evidenciado pela condenação já imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No entanto, opinou pela improcedência do deslocamento de competência em relação a todos os casos narrados na inicial aos seguintes fundamentos:

- em relação aos casos de violência sexual, vê-se que, em 19/12/2012, foi oferecida denúncia contra dois réus, na ação penal n. 0338179-58.2019.8.19.0001, que foi recebida pelo Juízo de Direito da 35ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ em 19/06/2020, ratificada, em 16/09/2020, após a apresentação de resposta à acusação pelos réus, o que demonstra que “houve efetiva investigação policial suficiente para que o Ministério Público estadual apresentasse denúncia, que foi mantida por decisão proferida após apresentada resposta à acusação pelos réus, razão pela qual não se encontra caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro” (e-STJ fl. 6.365);

- em relação aos homicídios ocorridos em 1994, são objeto da ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001, na qual já houve pronúncia, não tendo o feito sido incluído em pauta, até o momento, em razão das circunstâncias geradas pela pandemia de COVID-19, conforme despacho proferido em 12/05/2021, pelo que, tampouco se encontraria caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro;

- no que concerne aos homicídios de 1995, após reabertura das investigações em julho/2018, em atenção à sentença proferida pela CIDH, foram remetidos os autos para perito-legista que concluiu pela inexistência de sinais de execução extrajudicial (disparos exclusivamente na cabeça, pelas costas ou a curta distância) ou de uso excessivo de força letal, o que resultou em novo pedido de arquivamento do feito, ante a ausência de indícios de que os policiais civis envolvidos no evento agiram com o propósito de executar as vítimas, não havendo, portanto, lastro probatório suficiente para oferecimento de denúncia. Diante desse contexto, o *Parquet* Federal concluiu que, “Apesar de não ter sido oferecida denúncia, há de se reconhecer que as autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro envidaram esforços no sentido de apurar os fatos objeto do Inquérito Policial de nº 901-00892/2013, não havendo comprovação do descaso, desinteresse, ausência de vontade política ou falta de condições pessoais ou materiais das instituições estaduais” (e-STJ fl. 6.368).

Na mesma linha, em relação ao Inquérito Policial nº 0142708-56.2009.8.19.0001, sucessivamente arquivado em 16/10/2019, em 25/06/2015, 16/06/2016, 18/08/2017, 25/04/2018, 27/09/2018 e, por fim, em 04/02/2020, fez alusão às informações prestadas pelo MP estadual, nas quais aquele órgão assevera que “realizou diversas análises da questão, no sentido de verificar a possível existência de falha na condução da investigação atinente aos homicídios de 08 de maio de 1995, decorrentes de confronto de policiais com traficantes, com o escopo de atender às determinações da CIDH, tendo permanecido inalterável o resultado”, no caso, pela ausência de lastro probatório para o oferecimento da denúncia (e-STJ fls. 6.369/6.370). Conclui, assim, da mesma forma, o *Parquet* Federal não ter havido demonstração de descaso, desinteresse, ausência de vontade política ou falta de condições pessoais ou materiais das instituições estaduais em relação a tal inquérito.

Por fim, pondera que “A divergência quanto às conclusões das autoridades competentes na jurisdição originária não é fundamento para o Incidente de Deslocamento de Competência. A desejabilidade de um desfecho distinto ou melhor, não é atendida pelo deslocamento de competência para a Justiça Federal cuja capacidade não é necessariamente diversa ou melhor que a jurisdição estadual” (e-STJ fl. 6.371).

É o relatório.

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 21 / RIO DE JANEIRO (2019/0271963-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Peço emprestado da África do Sul, como espaço emblemático de uma das experiências mais exitosas de Justiça Restaurativa no mundo, a expressão *Sawobona* para cumprimentar aos que hoje se fazem presentes neste julgamento. Assim, eu vos cumprimento com a palavra *Sawobona* que na língua zulu significa “eu te respeito, eu te valorizo, tu és importante para mim.”

Como se sabe, embora criado pela Resolução n. 6, de 16 de fevereiro de 2005, no rol dos feitos submetidos a este Superior Tribunal, ainda não há norma legal ou regimental dispendo sobre o trâmite e o processamento da classe processual de Incidente de Deslocamento de Competência. Isso não obstante, como bem obtemperou o Procurador-Geral da República, o Incidente de Deslocamento de Competência pressupõe, para seu deferimento, a presença simultânea dos seguintes requisitos:

1. A constatação de grave violação de direitos humanos;
2. A possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e
3. A evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção.

Embora a petição inicial deste incidente tenha demonstrado com toda a clareza a presença dos dois primeiros requisitos, não está claro que o terceiro deles esteja delineado, em tese, de modo a se admitir o processamento do IDC. Senão vejamos.

São descritas, em síntese, 3 (três) graves violações aos direitos humanos:

OPERAÇÃO POLICIAL DE 18/10/1994 NA FAVELA NOVA BRASÍLIA/RJ

Observo, inicialmente, que a detalhada descrição dos fatos efetuada pela Defensoria Pública da União e pelo CEJIL, entidade que tem amplo conhecimento do desenrolar dos eventos, por ter colhido testemunhos de pessoas presentes no

local e momento dos fatos, assim como por ter sido responsável pela condução do Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) no Sistema Interamericano, imputa os eventos ocorridos na Favela Nova Brasília, em 18/10/1994, a uma suposta reação da autoridade policial ao ataque à 21ª Delegacia de Bom Sucesso/RJ, ocorrido em 14/10/1994 e amplamente noticiado na imprensa, no qual 5 (cinco) indivíduos alvejaram por diversas vezes a Delegacia, ferindo 3 (três) policiais. Tal reação, na dicção da DPU e do CEJIL, teria como objetivo indireto “recuperar o respeito da polícia”.

Narram as duas entidades, admitidas neste incidente como *amicus curiae*, que, “No dia 18 de outubro, apenas quatro dias depois, a pretexto de adentrar na Favela Nova Brasília e cumprir 104 mandados de prisão, foi organizada uma força policial composta por 110 agentes de diversas unidades da Polícia Civil e da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (incluindo a 21ª Delegacia de Bonsucesso, alvejada dias antes). A força policial se dividiu em 6 grupos, cada um destinado a invadir um setor específico da Favela” (e-STJ fl. 6.238). A operação teria sido conduzida com extrema violência e abuso tanto da garantia de inviolabilidade domiciliar, em horário em que grande parte das vítimas ainda dormia (5:30 da manhã), quanto de garantias constitucionais de incolumidade física e do direito à vida, tanto mais que a operação resultou na perpetração de abusos sexuais de pelo menos três mulheres, assim como na morte de treze indivíduos, entre os quais quatro eram menores de idade.

Sem adentrar no mérito da veracidade das alegações de excessos perpetrados pelas autoridades policiais, que não constituem o objeto do presente incidente, faço, no entanto, questão de deixar expressa minha convicção de que são inaceitáveis e lamentáveis comportamentos de autoridades estatais que, valendo-se do poder que o Estado lhes confere para a proteção do cidadão e de seus direitos, violam a confiança do Estado e agem com indevida violência e desconsideração de garantias constitucionais e dos direitos humanos.

Isso posto, passo a analisar o tema objeto deste incidente.

Em relação a esta operação policial específica, com efeito, existe a narrativa de inércia da autoridade policial que, a despeito de instaurar dois inquéritos policiais (IP 187/94 e IP 52/94) para investigar as 13 (treze) mortes infelizmente ocorridas na ocasião, teria deixado ambas as investigações paralisadas por mais de três anos (o IP 187/94 – de out./96 a jan./2000 e o IP 52/94, de abr./97 a jul./2000), após o que teriam se seguido movimentações apenas burocráticas de 2000 a 2007, até que em 2009 ambos os inquéritos foram arquivados, com fundamento na prescrição dos delitos.

Contudo, em maio/2013, “após o Relatório de Mérito n. 141/11 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foram desarquivados sob a justificativa de que o arquivamento teria englobado apenas os crimes de abuso de autoridade, agressões, torturas e outras infrações: daí o oferecimento de denúncia contra seis policiais, por homicídio, sendo as vítimas de violência sexual arroladas nessa ação como testemunhas (Ação Penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001). A ação tramita na 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital”.

A consulta ao andamento processual da ação penal no *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indica que a ação vem tramitando regularmente, já tendo havido julgamento de um *habeas corpus* (n. 0064035-13.2013.8.19.0000), em 5/2/2104, que denegou a pretensão de trancamento da ação penal e de um recurso em sentido estrito que manteve a decisão de pronúncia dos 5 (cinco) recorrentes. Este último recurso recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO. ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV (TREZE VEZES) N/F, DO ARTIGO 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL. DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSOS DEFENSIVOS POSTULANDO, PRELIMINARMENTE: I) A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR VIOLAÇÃO À COISA JULGADA DA DECISÃO QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO POLICIAL; II) A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO TER DESARQUIVADO O PROCEDIMENTO POLICIAL SEM A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; III) POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR A CAUSA E IV) POR INÉPCIA DA INICIAL. NO MÉRITO, POSTULAM A IMPRONÚNCIA AO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA.

A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial ou outras peças de informação possui natureza judicial, revestida de caráter administrativo ou jurisdicional, conforme a situação concreta. Esta última hipótese ocorre nos casos de atipicidade da conduta e de extinção da punibilidade do agente, oportunidade em que referida decisão se revestirá da natureza de coisa julgada material, não podendo, assim, ser desarquivado o procedimento policial e rediscutido os fatos.

No caso em exame, a promoção de arquivamento realizada pelo membro do *Parquet*, acostada ao indexador 00281, teve como base a possível ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal considerando a pena em perspectiva, ou seja, aquela que eventualmente pudesse ser aplicada no caso de superveniência de uma sentença penal condenatória. Referido tipo de prescrição é rechaçado pela majoritária doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores diante da ausência de previsão legal. Precedentes do STJ e do STF em sede de repercussão geral. Nesta toada, não há que se falar em violação ao instituto da coisa julgada.

Não foi realizada, na promoção ministerial de arquivamento, a análise dos elementos probatórios produzidos no inquérito policial, circunscrevendo-se o requerimento ministerial tão somente na indevida prescrição pela pena em perspectiva.

Neste desiderato, não há que se falar na exigência de provas novas para o desarquivamento do inquérito policial ou em violação ao entendimento contido na súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

De outro vulto, o desarquivamento foi solicitado ao Juízo competente pela Procuradoria de Geral de Justiça, através do Subprocurador-geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais, inexistindo qualquer ilegalidade a ser sanada nesta via.

Registre-se, ainda, a legitimidade da requisição efetuada à luz do disposto no artigo 39, inciso XV, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, o qual confere ao Procurador-Geral de Justiça a competência para requisitar autos arquivados, promover seu desarquivamento e, se for o caso, oferecer denúncia ou representação.

A EC nº 45/2004, ao acrescentar o § 5º ao artigo 109 da Carta Magna, introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade do Procurador-Geral da República ajuizar incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. O texto constitucional é claro em atribuir a competência para a instauração do incidente e seu julgamento, sem o que permanece a Justiça Estadual competente para tais fatos.

Nesta toada, considerando que somente no dia 09 do corrente mês foi ajuizado o presente incidente e que o Superior Tribunal de Justiça ainda não decidiu sobre o tema, não há que falar no deslocamento da competência para a Justiça Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativizou a exigência da descrição minudente da conduta dos agentes criminosos nos delitos de autoria coletiva, como no caso dos autos.

Da leitura das linhas da exordial, constata-se que a acusação correlacionou com o mínimo de concretude que se requer, os fatos criminosos imputados aos réus, constando o dia e a forma como foram praticados bem como com a dinâmica delitiva, com a indicação do rol de testemunhas, não havendo que se falar em inépcia da denúncia.

Por fim, todas as preliminares ora arguidas foram refutadas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 46250/RJ, interposto pelo acusado Paulo Roberto. REJEITO AS PRELIMINARES ARGUIDAS.

Tratando-se a decisão de pronúncia de juízo prévio, sem um aprofundado exame probatório da causa, restando presentes a

materialidade e indícios suficientes de autoria, imperiosa a decisão de pronúncia, sob pena de se furta à competência constitucional do Júri Popular. Pressupostos fáticos e legais devidamente configurados pelo mosaico probatório coligido aos autos. Indícios de que os acusados participaram das práticas criminosas, competindo ao Júri Popular aferir quanto ao acerto, ou não, da necessidade de um juízo de censura.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

(Recurso em Sentido Estrito nº 0271673-52.2009.8.19.0001, Rel. Desa. Suely Lopes Magalhães, 8ª Câmara criminal do TJ/RJ, unânime, julgado em 02/10/2019, DJe de 04/10/2019)

Interposto recurso especial contra tal acórdão pelo réu Paulo Wilson da Silva, o recurso foi inadmitido em 11/03/2020.

Ademais, em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao andamento da Ação Penal nº 0271673-52.2009.8.19.0001, podia-se ver que, em decisão de 21/06/2021, foi designada sessão plenária para julgamento dos réus para o dia 16/08/2021, às 13h. E, com efeito, segundo notícia veiculada na imprensa, em 17/08/2021, o julgamento ocorreu, tendo como resultado a absolvição dos acusados (como se vê em reportagem disponível no endereço eletrônico <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/17/chacina-na-nova-brasilia-apos-27-anos-policiais-sao-absolvidos-das-acusacoes-em-tribunal-do-juri.ghtml>), resultado esse que poderá ensejar os recursos pertinentes.

Vê-se, assim, que no tocante aos fatos de 1994, a despeito de ter ocorrido uma patente desídia na investigação durante mais de dez anos, foram apuradas provas suficientes para o oferecimento de denúncia e para a pronúncia dos investigados, o que demonstra que a máquina estatal, por meio das instituições judiciárias estaduais, vem-se desincumbindo, atualmente, a contento, de suas funções, em busca de efetuar a devida persecução penal dos apontados como envolvidos nas mortes em questão.

De se ressaltar que a Defensoria Pública da União e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) também se manifestaram contrários ao deslocamento da ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001 para a esfera federal, por entender que tal deslocamento “acarretaria a extensão de prazo da ação para além do razoável, tendo em vista que já se somam mais de 25 anos em que o caso permanece sob o manto da impunidade. Sendo assim, federalizar a referida ação penal nesse momento seria uma denegação de justiça aos familiares das vítimas que teriam de aguardar ainda mais tempo para a resolução do caso” (e-STJ fl. 6.266).

Na mesma linha, o parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, ao final da instrução do incidente, foi no sentido de desnecessidade do deslocamento da competência da ação penal n. 0271673-52.2009.8.19.0001 para a Justiça Federal, uma vez que “houve efetiva investigação policial suficiente para que o Ministério Público

estadual apresentasse denúncia e para que os réus fossem pronunciados, não tendo o feito sido incluído em pauta em razão das circunstâncias geradas pela pandemia de COVID-19, razão pela qual não se encontra caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro” (e-STJ fl. 6.366).

Não há, assim, como falar na existência de causa atual a justificar o deslocamento da competência, no ponto.

OPERAÇÃO POLICIAL DE 8/5/1995 NA FAVELA NOVA BRASÍLIA/RJ

A descrição dos eventos efetuada pela Defensoria Pública da União e pelo CEJIL é a seguinte, em síntese:

No dia 8 de maio de 1995 a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro organizou uma incursão policial, contando com catorze policiais civil e dois helicópteros, a fim de entrar na Favela Nova Brasília por volta das 06:00 da manhã. A operação supostamente se baseava em uma denúncia anônima, recebida dias antes, de que grande traficante da região, conhecido como “Wanderley de Tal”, receberia carregamento de armas de um outro grande traficante para tomar novos territórios e expandir seu poderio no Estado do Rio de Janeiro.

Os catorze policiais entraram na favela acompanhados dos helicópteros Águia 4 e Águia 5, no período da manhã, cerca de 06:00 da manhã. Relatam os policiais que, assim que chegaram na base do morro, entrada da favela, foram recebidos a tiros por diversos indivíduos, e revidaram a agressão com o único intuito de se defender. O confronto armado resultou na morte de 13 pessoas e o ferimento de 3 policiais.
(...)

De acordo com as informações registradas, tanto nos meios de imprensa como nos documentos do processo, houve um “cenário de guerra”, com troca de múltiplos disparos de ambos os lados. (...)
(...)

Entre os meses de junho e setembro de 1995, foram realizadas investigações sobre os antecedentes penais das 13 pessoas assassinadas. A linha investigativa, ao que parece, buscava justificar suas mortes. Como drogas e armas foram apreendidas durante a operação, apesar de nenhuma identificação de a quem pertenciam, o delegado responsável decidiu que nenhuma diligência probatória adicional era necessária e determinou o envio dos autos ao Ministério Público, para o arquivamento do caso.

Os últimos depoimentos, colhidos de moradores que testemunharam o ocorrido, documentados em 2013 e presentes às fls. 1.899 a 1.906, confirmam a versão de que a polícia foi recebida a tiros por traficantes assim que chegou ao morro, e que muitos indivíduos corriam armados pela Favela, portando armas longas e curtas, como fuzis e pistolas, para se posicionar para o confronto. (...)

(e-STJ fl. 6.242/6.243)

Em relação às lamentáveis mortes ocorridas em 08/05/1995, a inicial do presente incidente narra ter sido instaurado inquérito policial que teria tramitado por 14 (quatorze) anos, até 2009, quando foi homologado judicialmente seu arquivamento requerido pelo Ministério Público estadual, ao fundamento de que os policiais teriam agido em legítima defesa.

Houve uma tentativa de desarquivamento promovida pelo MP em out./2012, reconhecendo que teria havido falhas em sua condução. Entretanto, o desarquivamento foi negado pelo Juízo.

Em 2013, foi instaurado novo inquérito que também foi arquivado pelo TJ/RJ, ao fundamento de que as provas produzidas após o primeiro arquivamento seriam nulas. O Tribunal lastimou, na ocasião, o fato de que “os acusados estariam sofrendo tortura psicológica decorrente da perpetuação investigatória por 19 anos”.

Mesmo tendo informado previamente o Procurador-Geral da República da impossibilidade de desarquivamento do IP em virtude da prescrição – posto que já decorridos mais de 20 anos desde a data dos fatos –, no mês de julho/2018, em virtude da sentença da Corte IDH de fev./2018, o Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro determinou o desarquivamento da investigação penal, informando:

As investigações foram atribuídas ao Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP), que adotou as seguintes medidas: (i) em relação aos crimes sexuais, instaurou procedimento investigatório criminal e determinou diligências, em setembro de 2018.

A última informação prestada, de 13 de março de 2019, dá conta de que parte das diligências foram cumpridas; (ii) em relação aos crimes de homicídio decorrentes da incursão policial em 1995, oficiou ao juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro requerendo a remessa dos autos do inquérito policial (n. 0142708-56.2009.8.19.0001) então arquivado ao GAESP, em 28 de setembro de 2018; (iii) quanto aos crimes ocorridos em 1994, consta que foram digitalizados os autos da ação penal respectiva.

O órgão ministerial estadual afirmou, por fim: “por ora, as investigações serão conduzidas no âmbito do Ministério Público, sem participação

de membro da polícia judiciária, mormente porque os investigados, em sua maioria, integram ou integraram os quadros da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro” (*grifos não constam do original*). (e-STJ fl. 16)

O andamento processual do IP n. 0142708-56.2009.8.19.0001 no site do TJ/RJ dá conta de que o feito foi arquivado definitivamente em 19/3/2020, na 3ª Vara criminal da Comarca do RJ.

Ainda que, em relação a esses crimes, seja flagrante a omissão tanto da autoridade policial quando do Ministério Público, pelo menos durante 16 (dezesesseis) anos, até a data da primeira tentativa de desarquivamento, revelando-se, também, passível de questionamento a imparcialidade da atuação da Justiça Estadual ao referendar o arquivamento, afirmando que os investigados seriam as vítimas de indevida “tortura psicológica” do Estado, o fato é que efetivamente estão prescritos os delitos cometidos em maio de 1995.

No recente julgamento do REsp 1.798.903 (julgado em 25/9/2019, DJe de 30/10/2019), de Relatoria do Min. Rogério Schietti, afetado a julgamento pela 3ª Seção do STJ, no qual se debatia a imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade (*in casu*, o atentado ocorrido no Rio Centro em 30/4/1981), tive a oportunidade de prolarar voto-vencedor no qual assim me pronunciei sobre o controle de convencionalidade das normas de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que tratam especificamente da imprescritibilidade de delitos relacionados à violação de direitos humanos:

Prevalece na jurisprudência que “os tratados em geral, inclusive os de direitos humanos, somente podem ser aplicados na ordem jurídica brasileira depois de serem promulgados na ordem interna.

(...). As etapas da incorporação de um tratado são as seguintes: assinatura do tratado, ato que é de competência do Presidente da República; aprovação pelo Congresso Nacional, o que é feito mediante um decreto legislativo; ratificação e depósito; promulgação na ordem interna, o que ocorre por um decreto executivo do Presidente da República” (BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2015. P. 93).

Ademais, a depender da forma como o tratado internacional de direitos humanos for incorporado, ele pode ter status constitucional ou supralegal. De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal revela que os tratados sobre direitos humanos, que não foram aprovados naqueles termos, não possuem status constitucional. Contudo, embora se tratem de normas

infraconstitucionais, posicionam-se acima das leis, assumindo posição de supralegalidade.

Registrou-se, assim, que aos “diplomas internacionais sobre direitos humanos, é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. (HC n. 88240, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 23/10/2008). A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. PACTOS DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento dos Recursos Extraordinários n. 349.703 e 466.343, concluído no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu, por maioria, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu sem seguir o procedimento previsto na Emenda Constitucional n. 45/2004 têm *status* supralegal, mesmo não sendo diretamente incorporados à Constituição Federal.

2. Considerou-se que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, norma constitucional não autoaplicável, a despeito de não ter sido revogado pela ratificação dos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional sobre direitos civis e políticos, teve sua aplicabilidade obstada, porquanto do caráter supralegal desses tratados decorre um “efeito paralisante” à eficácia das normas infraconstitucionais regulamentadoras das hipóteses de prisão civil que lhes sejam contrárias.

3. Naquela oportunidade, o STF estendeu a proibição da prisão civil por dívida às hipóteses de infidelidade de depósito de bens, tanto a decorrente de determinação judicial quanto a oriunda de contrato. Na ocasião, ao finalizar o julgamento do HC 87.585, a Suprema Corte determinou a revogação do seu verbete sumular n. 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada

no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

4. *A nova orientação revela a evolução da jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de privilegiar o que vem sendo preconizado pela ordem jurídica internacional, no que se refere ao sistema de proteção dos direitos humanos, valorizando, na ordem constitucional e legal interna, a proteção e a dignidade da pessoa humana.* Diante desse novel panorama, é inviável a prisão civil do depositário judicial. Precedente desta Turma.

5. Ordem concedida.

(HC 130.920/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009)

Na hipótese, entretanto, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não foi ratificada pelo Brasil, não sendo internalizada nem como norma supralegal. Nada obstante, no presente julgamento se pretende demonstrar que sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma jus cogens, ou seja, conforme disposto no art. 53 da Convenção de Viena:

norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, o jus cogens “independe de ratificação. Quer dizer, ou é um costume internacional, respeitado e praticado, ou não é jus cogens. O jus cogens não é propriamente Direito positivado; é uma prática internacional generalizadamente reconhecida”.

Relevante, anotar, independentemente do status que se atribua à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que, no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, considerou-se inaplicável o jus cogens, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto:

(a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e

(b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 6.8.2010).

Embora referido entendimento tenha sido proferido “por escassa maioria e em composição já modificada do Pleno”, considero se tratar de manifestação válida à qual se deve observância, porquanto emanada do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, que, de fato, talvez seja a melhor Corte para dizer se o jus cogens se aplica ou não.

(...)

O Saudoso Ministro Teori Zavascki inaugurou a divergência, destacando não ser possível considerar o mesmo crime prescrito pelas leis brasileiras e ao mesmo tempo não prescrito pelas leis internacionais. Assim, registrou em seu voto que “somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental”.

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento

do pedido extradicional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade nem aderiu a ela*; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre *prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir* (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010).

4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido” (art. III, c).

5. Pedido de extradição indeferido.

(Ext 1362, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018).

Nessa linha de inteligência, ainda que se admita o jus cogens, o controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, não se pode perder de vista que o tratado possui status supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre o status dos tratados sobre direitos humanos, bem como inviabilizaria o exame dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, caso se admita a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como jus cogens, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação n. 1.362/DF, inevitável compatibilizar o controle de convencionalidade com o disposto na Constituição Federal.

(...)

5.4. Imprescritibilidade

Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de tornar imprescritíveis crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de lei em sentido formal. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade.

Como é cediço, os princípios constitucionais são os vetores do Estado Democrático de Direito, o qual “jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade, consistente no seguinte preceito: ‘não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal’ (art. 5º, XXXIX). Observa-se, ainda, estarem inseridos no mesmo dispositivo outros dois importantes princípios penais: a anterioridade e a taxatividade”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais

penais e processuais penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 92).

Registro, ainda, no que concerne ao instituto da imprescritibilidade, que a Constituição Federal dispõe serem imprescritíveis, nos termos do art. 5º, incisos XLII e XLIV, apenas a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Para parcela da doutrina, o reconhecimento da imprescritibilidade na própria Constituição Federal, no dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, revela que o instituto da prescrição deve ser encarado como direito fundamental. Assim, a inclusão de outros crimes encontraria óbice no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

De fato, “a chamada ‘Constituição Cidadã’ busca a construção de uma sociedade livre e justa, conferindo amparo a um vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa, pois submete o cidadão à eterna ameaça da repressão estatal, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime”. (CALIXTO, Clarice Costa. Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM, julho de 2010 – Vol. 5, N.2. p. 24 e 27).

Realmente, a prescrição penal é “instrumento de concretização do princípio da segurança jurídica. Sua aplicação é justificada por fundamentos teóricos historicamente construídos, baseados na reflexão sobre os efeitos do tempo na realidade social e no mundo do direito. Contra uma regressiva propensão de eternização, típica de ordenamentos da Antiguidade, os defensores da prescrição associam o tempo à ideia de mudança, à necessidade de o homem admitir sua finitude e mortalidade. ‘Há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão’, afirma François Ost. (OST, 2005, p.19). (...). Historicamente, a busca ou nostalgia da eternidade gerou ideologias totalitárias, que interpretam o indivíduo e sua conduta de maneira reducionista, autoritária.” (CALIXTO, Clarice Costa. Ibidem).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, citado pela doutrina, “o instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações – como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força

motriz da humanidade – gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato” (SANTOS. Christiano Jorge Santos. Prescrição penal e imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 84).

Nessa linha de intelecção, ainda que não se atribua qualquer valor constitucional à prescrição penal, não se pode perder de vista que se trata de norma de direito material penal, a qual depende, portanto, de lei interna em sentido formal para ser alterada. Portanto, considero não ser possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, inciso IV, do Código Penal (norma violadora e não violada), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito.

(...)

6. Conclusão

Não obstante o brilhantismo do voto proferido pelo eminente Relator, entendo que a admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como jus cogens não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, harmonizar-se com o regramento pátrio.

Firmo minha posição, nesse sentido, não em desatenção aos Direitos Humanos, os quais me são muito caros, assim como devem ser a todos, mas antes em observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos.

Ressalto, mais uma vez, que o guardião da Constituição Federal, ao analisar o status dos tratados internacionais sobre direitos humanos, os classificou como normas supralegais, porém infraconstitucionais, salvo se “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, ocasião em que serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, ainda que se admita uma norma internacional como jus cogens, essa terá status infraconstitucional, devendo, portanto, harmonizar-se com a Constituição da República. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta

praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar o princípio da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal.

Registro, por fim, que o não reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude, em completa afronta a princípios constitucionais caros à República Federativa do Brasil (segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade etc.).

Embora a controvérsia posta no REsp n. 1.798.903/RJ versasse sobre a possibilidade de se considerarem imprescritíveis os crimes de lesa-humanidade previstos na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, o julgado em questão deixou assentado, em suas razões de decidir, que:

- apenas os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal possuem *status* constitucional. Os demais gozam dos *status* de norma supralegal, acima das leis, mas abaixo da Constituição.

- no que concerne ao instituto da imprescritibilidade, a Constituição Federal dispõe serem imprescritíveis, nos termos do art. 5º, incisos XLII e XLIV, apenas a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Para parcela da doutrina, o reconhecimento da imprescritibilidade na própria Constituição Federal, no dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, revela que o instituto da prescrição deve ser encarado como direito fundamental. Assim, a inclusão de outros crimes encontraria óbice no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

- o reconhecimento da prescrição de determinado delito, reputado imprescritível em tratado internacional ratificado pelo Brasil, mas considerado norma supralegal no ordenamento jurídico interno, não configura resistência ao cumprimento de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou reticência em exercer o controle de convencionalidade, “porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais” (conforme item 6 da ementa do REsp).

- “somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental” (Ext 1362, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018).

Ora, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 678, de 6/11/1992, cujos artigos 8.1 (direito a garantias judiciais dentro de um prazo razoável) e 25 (direito à proteção judicial) foram reconhecidos pela CIDH como violados pelo Brasil (e-STJ fl. 134 – sentença de 16/02/2017), no tocante aos eventos relativos à operação policial realizada na Favela Nova Brasília em 1995, possui hierarquia de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a dicção do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restritiva. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida.

(HC 94013, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396)

Diante desse posicionamento acompanhado pela maioria dos Ministros que integram a 3ª Seção desta Corte, não vejo justificativa para anular acórdão do Tribunal de Justiça que referendou o arquivamento do inquérito e encaminhá-lo à Justiça Federal para apuração de delito já acobertado pela prescrição, pois ocorrido há mais de 25 (vinte e cinco) anos.

De mais a mais, de acordo com as informações prestadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o derradeiro arquivamento do Inquérito Policial referente aos delitos em questão (ocorrido em 19/03/2020) fundamentou-se na inexistência de lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncia, diante de manifestação de perito-legista no sentido de que “não foi observado predomínio de disparos em qualquer outra região que pudesse sugerir ações de execução (disparos exclusivamente na cabeça) ou emboscada (disparos pelas costas)” e que “não foram descritos nos laudos cadavéricos apresentados, quaisquer vestígios caracterizando disparo realizado com arma à curta distância” e que a presença de placas de escoriações em cinco vítimas “podem sugerir quedas ao solo ou ainda que os cadáveres possam ter sido arrastados, com conseqüente atrito ao solo, para que fossem levados até a viatura que os conduziu ao hospital” (fls. 1167/1171 dos autos original)” (e-STJ fl. 5.730).

Também, no ponto, o parecer final do Ministério Público Federal opinou no sentido de que “houve efetiva investigação policial suficiente para que o Ministério Público estadual analisasse a materialidade e autoria dos crimes objeto do Inquérito Policial, tendo concluído, na qualidade de titular da ação penal, pela ausência de lastro probatório suficiente ao oferecimento da denúncia, razão pela qual não se encontra caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro” (e-STJ fl. 6.368).

Assim sendo, não há como se discernir um cenário jurídico possível que recomende o deslocamento da competência para condução do inquérito para a Justiça Federal.

Ante o exposto, tampouco em relação a este delito, não existe possibilidade de resultado útil que justifique o deslocamento da competência.

CRIMES DE VIOLÊNCIA SEXUAL COMETIDOS CONTRA 3 MULHERES

Os delitos são assim descritos na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

123. Em 12 de novembro de 1994, a Comissão Especial de Sindicância recebeu os depoimentos de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., as três supostas

vítimas de violência sexual. L.R.J. E C.S.S. declararam que um grupo de aproximadamente 10 policiais entraram na casa atirando e as chutaram e deram socos nos seus ouvidos, na barriga e nas pernas, mandaram que se deitassem de barriga para baixo e passaram a desferir golpes com uma ripa de madeira nas nádegas das três. Declararam também que: i) foram vítimas de abusos verbais e físicos enquanto eram questionadas sobre o paradeiro de um traficante de drogas; ii) um policial começou a apertar suas nádegas e suas pernas e forçou C.S.S. a tirar a blusa para poder ver seus seios, momento em que lhe disse que “estava boa para ser comida”; iii) outro policial, depois de ver os seios de C.S.S., a levou ao banheiro, a ameaçou de morte e a forçou a despir-se e a ter sexo anal com ele; e iv) um policial conhecido como “Turco” forçou L.R.J. a praticar sexo oral com ele, segurando-a pelo cabelo para aproximar o rosto de seu pênis, e depois se masturbou e ejaculou em seu rosto. Finalmente, declararam que quando os policiais saíram elas foram ao Hospital Salgado Filho para receber assistência médica, e posteriormente, junto com “André”, tentaram buscar refúgio em outro lugar nessa mesma noite.

124. Por sua vez, J.F.C. informou que estava dormindo numa casa da Favela Nova Brasília com seu noivo André Luiz Neri da Silva, também conhecido como “Paizinho”, que era traficante de drogas e tinha um lança-granadas e um fuzil. Aproximadamente às cinco horas de 18 de outubro de 1994, acordaram com cerca de 10 policiais entrando violentamente em sua casa, os quais rapidamente os dominaram, confiscaram as armas de seu noivo e começaram a agredi-los. J.F.C. informou que lhe aplicaram pontapés nas pernas e no estômago, enquanto lhe perguntavam sobre o paradeiro de um traficante de drogas chamado “Macarrão”, e que um policial lhe tocou os seios enquanto os demais policiais olhavam. J.F.C. afirmou que a polícia agrediu violentamente André, que estava algemado, e que finalmente o levaram vivo. No entanto, ele foi encontrado morto entre os 13 cadáveres retirados após a operação policial.

125. Em 14 de novembro de 1994, L.R.J., C.S.S. e J.F.C. foram submetidas a exames médicos forenses no Instituto Médico Legal (IML) para verificar suas lesões físicas ou sexuais. Esses exames não tiveram resultados conclusivos em virtude do tempo transcorrido. Em 18 de novembro de 1994, as três participaram do processo de identificação para reconhecer os policiais militares e civis, supostos homicidas: L.R.J. reconheceu José Luiz Silva dos Santos como um dos que invadiram a casa e a agrediram e notou alguma semelhança entre Rubens de Souza Bretas e um dos invasores. C.S.S. identificou Plínio Alberto dos Santos Oliveira como o homem que a forçou a ter sexo anal com ele e Rubens de Souza Bretas e Márcio Mendes Gomes como dois dos que invadiram a casa

e a agrediram. J.F.C. identificou Carlos Coelho Macedo como um dos que algemaram André Luiz Neri da Silva; reconheceu Rubens de Souza Bretas e Wagner Castilho Leite como dois dos agressores e notou alguma semelhança entre Reinaldo Antonio da Silva Filho, Reinaldo Borges Barras e seus agressores". (e-STJ fls. 12/13 – grifei)

Em relação a esses crimes, no dia 25/9/2019, o MPRJ apresentou memorial em apartado, no qual informou que "o GAESP instaurou, em 01 de outubro de 2018, o Procedimento Investigatório Criminal n. 007/2018 com objetivo de apurar as violências sexuais do ponto resolutivo n. 11" (da sentença condenatória da CIDH). Foi realizada perícia multidisciplinar e especializada nos reflexos psicológicos de vítimas de abusos sexuais, com base no Protocolo de Istambul e o laudo pericial está em fase de finalização.

Em 20 de agosto de 2020, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro juntou decisão proferida nos autos da Ação Penal nº 0338179-58.2019.8.19.0001, que recebeu denúncia em face de Rubens de Souza Bretas e José Luiz Silva dos Santos pela suposta prática de crimes de estupro (fls. 6210/6212 e-STJ).

A consulta ao andamento processual do feito revela que, em decisão de 16/09/2020, foi mantido o recebimento da denúncia após a apresentação de resposta à acusação pelos réus.

Vê-se, assim, que, a despeito de ter ocorrido uma patente desídia na investigação durante mais de vinte anos, foram apuradas provas suficientes para o oferecimento de denúncia contra os perpetradores dos abusos sexuais ocorridos em 18/10/1994, o que demonstra que a máquina estatal, por meio das instituições judiciárias estaduais, vem-se desincumbindo, atualmente, a contento, para efetuar a devida persecução penal dos apontados como envolvidos nos delitos em questão.

Diante desse quadro, é de se dar razão ao Ministério Público Federal quando afirma que "houve efetiva investigação policial suficiente para que o Ministério Público estadual apresentasse denúncia, que foi mantida por decisão proferida após apresentada resposta à acusação pelos réus, razão pela qual não se encontra caracterizada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia das autoridades constituídas do Estado do Rio de Janeiro" (e-STJ fl. 6.365).

De se salientar que também a Defensoria Pública da União e o CEJIL se manifestaram contrariamente à federalização da referida ação penal, ponderando que "no último escrito encaminhado pelas vítimas à Corte IDH (anexo), foi por elas manifestado o interesse de que as investigações da incursão da 1994 se mantivessem na esfera estadual" (e-STJ fl. 6.268).

Não há, assim, como falar na existência de causa atual a justificar o deslocamento da competência, no ponto.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0271963-5

PROCESSO ELETRÔNICO

IDC 21 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 01427085620098190001 02716735220098190001
1427085620098190001 2716735220098190001**

PAUTA: 25/08/2021

JULGADO: 25/08/2021

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

SUSCITADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SUSCITADO: JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: C.S.S.

INTERES.: L.R.J.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADO: MARIA BEATRIZ GALLI BEVILACQUA - RJ080944

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - “AMICUS CURIAE”

**ADVOGADOS: ATANASIO DARCY LUCERO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO - PR081852**

MARIA BEATRIZ GALLI BEVILACQUA - RJ080944

**THALES ARCOVERDE TREIGER - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RJ108409**

**ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
- BA031963**

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Jurisdição e Competência

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. André Ribeiro Porciúncula (Defensor Público da União) sustentou oralmente pela parte “*amicus curiae*”: Defensoria Pública da União.

O Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pelas partes interessadas: C.S.S. e L.R.J.

O Dr. Orlando Carlos Neves Belém (Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pelo interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

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, julgou improcedente o Incidente de Deslocamento de Competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.922.347 / PARANÁ (2021/0040322-7)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS

ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789

RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RECORRIDO: OS MESMOS

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO

RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE

RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO

RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE

RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS NA OCASIÃO EM QUE FIRMOU ESCRITURA PÚBLICA. PACTO ANTENUPCIAL AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 377 DO STF, IMPEDINDO A COMUNHÃO DOS AQUESTOS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO DE BENS DA COMPANHEIRA. INOCORRÊNCIA. SUCESSÃO DE BENS. COMPANHEIRA NA CONDIÇÃO DE HERDEIRA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REMOÇÃO DELA DA INVENTARIANÇA.

1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial — regime de bens — do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará,

sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723).

2. O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como *só* ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta anos (inciso II).

3. “A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

4. Firmou o STJ o entendimento de que, “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta” (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010).

5. A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” (REsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

6. No casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos.

7. A *mens legis* do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-

se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. O que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja adotando pacto que o torne regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens.

8. Na hipótese, o *de cujus* e a sua companheira celebraram escritura pública de união estável quando o primeiro contava com 77 anos de idade — com observância, portanto, do regime da separação obrigatória de bens —, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, realizaram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao enlace, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, com o afastamento da incidência da Súmula n. 377 do STF. Portanto, não há falar em meação de bens nem em sucessão da companheira (CC, art. 1.829, I).

9. Recurso especial da filha do *de cujus* a que se dá provimento. Recurso da ex-companheira desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de Maria de Fátima Grube Carignano e negar provimento ao recurso especial de Áurea Kurpiel das Chagas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2021/0040322-7

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.922.347 / PR

**Números Origem: 00027192520188160188 00086834420198160000
86834420198160000**

EM MESA

JULGADO: 23/11/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS

ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789

RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RECORRIDO: OS MESMOS

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO

RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE

RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO

RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE

RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a) para a sessão extraordinária do dia 02/12/21, às 09:00 horas.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2021/0040322-7

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.922.347 / PR

**Números Origem: 00027192520188160188 00086834420198160000
86834420198160000**

EM MESA

JULGADO: 07/12/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS

ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789

RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RECORRIDO: OS MESMOS

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO
RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE
RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO
RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE
RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO
ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.922.347 / PARANÁ (2021/0040322-7)
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS
ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789
RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE
ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860
RECORRIDO: OS MESMOS
RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO
RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO
RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE
RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO
RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE
RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO
ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Áurea Kurpiel das Chagas ajuizou pedido de inventário judicial de Wilson Naldo Grube, na qualidade de companheira sobrevivente, tendo o magistrado da 6ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba acolhido a impugnação dos herdeiros

para excluí-la da meação e/ou partilha dos bens deixados pelo falecido, inclusive a removendo da inventariança, nos seguintes termos:

1) Observa-se que os herdeiros Maria de Fátima Grube Carignano e Renato Luiz Carignano impugnam (eventos 23.1 e 28.1) a meação pretendida por Áurea Kurpiel Chagas.

Não se ignora que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal preceitua que:

“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Significa que os bens adquiridos onerosamente na vigência do casamento celebrado sob o regime da separação legal (obrigatória) de bens são patrimônio comum do casal.

A premissa aplicada ao matrimônio é aplicável de maneira incontroversa à união estável. Para tanto, basta ver que este é o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

No caso em tela, todavia, nota-se que as partes firmaram pacto antenupcial claramente optando pelo regime da separação de bens (evento 1.6).

Muito embora o regime da separação obrigatória fosse aplicável à época da data eleita (10.08.2007) para início da convivência, o que chama à atenção é o aspecto volitivo que traduz o pacto antenupcial.

Quer dizer que os conviventes optaram por excluir da comunhão os bens onerosamente adquiridos por um ou outro na constância da convivência, salvo eventual sub-rogação do patrimônio particular de ambos para aquisição de outro em comum.

Dessa forma, entende-se que mesmo nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (artigo 1641 do Código Civil), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, afastar a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por constituir exercício da autonomia privada (artigo 1.653 do Código Civil).

A esse respeito, veja-se o seguinte entendimento doutrinário:

“(...) sim, podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377.

Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial.” [2] Deveras, é imperioso considerar que o regime de bens da união estável entre Áurea Kurpiel Chagas e o autor da herança é o de separação total de bens. Por consequência, é indevida a pretensão dela referente à meação de bens em nome do falecido, tampouco a manutenção da falecida na condição do encargo de inventariante, por lhe falecer interesse na meação, ou mesmo na partilha, este à luz do artigo 1829, inciso 1, do Código Civil. Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, acolhe-se a impugnação em apreço, excluindo-se Áurea Kurpiel das Chagas da meação e/ou partilha dos bens deixados por Wilson Naldo Grube, inclusive removendo-a da inventariança;

2) Por consequência, nomeia-se, em substituição, a herdeira Maria de Fátima Grube Carignano com inventariante, competindo-lhe retificar/ratificar as primeiras declarações (evento 25.1), especialmente à luz do contido nos eventos 31.1/31.9, 33.1/33.4, 38.1/38.4, 42.1/42.8 e 43.1/43.5, no prazo de 15 (quinze) dias;

3) Intimem-se. Diligências necessárias.

(fls. 18-23)

Interposto agravo de instrumento, o TJPR deu provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO JUDICIAL.

SÍNTESE FÁTICA. COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS NA OCASIÃO EM QUE FIRMOU ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL EM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. *DECISÃO.* REMOÇÃO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE DO ENCARGO DE INVENTARIANTE POR RECONHECER A AUSÊNCIA DE EXPECTATIVA DE RECEBIMENTO DE MEAÇÃO OU HERANÇA. *INSURGÊNCIA DA INVENTARIANTE DESTITUÍDA* PARA A SUA MANUTENÇÃO DA INVENTARIANÇA EM RAZÃO DA EXPECTATIVA DE RECEBIMENTO DE HERANÇA OU MEAÇÃO DIANTE DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.

PRELIMINAR.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. PARTE INTIMADA PARA MANIFESTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO À INVENTARIANÇA. DESÍDIA DA PARTE AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE DECISÃO SURPRESA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10 DO CPC/2015.

MÉRITO.

INVENTARIANÇA. MANUTENÇÃO DA VIRAGO COMO INVENTARIANTE.

CABIMENTO. EXPECTATIVA DE RECEBIMENTO DE HERANÇA. VIGÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL DE REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. MAIOR RESISTIVIDADE PATRIMONIAL DO REGIME ELEITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.829, INCISO I, DO CPC/2015.

RECURSO CONHECIDO, POR MAIORIA DE VOTOS, E PROVIDO PARA A MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE NO CARGO DE INVENTARIANTE (fls. 156-157).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. De ofício, corrigiram o dispositivo para constar o voto do desembargador vogal (fls. 246-249).

Irresignada, Áurea Kurpiel das Chagas interpõe recurso especial (fls. 261-273) com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, por negativa de vigência ao art. 1.641, II, do Código Civil.

Esclarece que, “na condição de companheira, realizou a abertura do inventário em decorrência dos bens e direitos deixados pelo falecimento de Wilson Naldo Grube ocorrido em 28.12.2017” e que “foi nomeada inventariante, inclusive assinou o termo de compromisso e apresentou as primeiras declarações (mov. 25.1 dos autos nº 0002719-25.2018.8.16.0188)”.

Sustenta que “o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, vigente à época do início da união estável havida entre as partes, é imperativo ao estabelecer a obrigatoriedade do regime da separação de bens quando a união é realizada entre pessoas maiores de 60 (setenta) anos. Ressalte-se que a união estável deve seguir as mesmas limitações impostas ao casamento, inclusive para fins sucessórios, a fim de unificar o sistema e evitar o prevailecimento de um instituto em detrimento do outro”.

Destaca que, “no caso dos autos, quando da celebração da escritura pública de união estável em 10/08/2007, o *de cujus* contava com a idade de 77 (setenta e sete) anos, de forma que as partes não poderiam convencionar livremente sobre o regime de

bens, uma vez que obrigatória a observância do regime da separação legal, conforme dispõe o art. 1.641, inciso II, do Código Civil. Muito embora tenha ficado consignado na escritura pública que as partes convencionaram o regime da separação total de bens para reger a união estável, não há como se afastar a incidência do regime legal da separação, uma vez que, como já mencionado, o companheiro contava com mais de 60 (sessenta) anos na época do início da união”.

Aduz que “a menção ao pacto antenupcial na escritura pública é prática cartorária, logo, não há como afirmar que esta foi a verdadeira intenção das partes contratantes, quando o regime resulta de imposição legal, tanto para o agente que lavrou o documento quanto para as partes”.

Defende que, “considerando que as partes viveram em união estável durante aproximadamente 10 anos sob o regime da separação legal, deve ser reconhecido à Recorrente o direito de meação aos bens adquiridos onerosamente no período de convivência com o *de cujus*”.

Maria de Fátima Grube Carignano, por sua vez, interpõe apelo nobre (fls. 341-355), apontando violação do disposto nos arts. 942, *caput* e § 3º, II, do Código de Processo Civil; 1.641, II, e 1.725 do Código Civil; 5º da Lei n. 9.278/96.

Sustenta que deveria ter havido a ampliação do quórum de julgamento por se tratar de julgamento de questão de mérito, qual seja, direito à expectativa de herança, não podendo ser ela excluída da lista de herdeiros.

Defende que, “no tocante aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável havida entre o *de cujus* e a Recorrida, aplicar-se-ia a regra geral do regime da comunhão parcial de bens somente se não houvesse disposição expressa em contrário, e há”. Destaca que “o legislador, ao fazer tal ressalva, conferiu aos conviventes em união estável a opção de eleger regime patrimonial diverso da comunhão parcial de bens, se assim quiserem, desde que por meio de contrato escrito”.

Afirma que “a Recorrida não detém direito sobre qualquer bem do Sr. Wilson Naldo Grube, o *de cujus*, em vista da união estável firmada entre eles ser pelo regime da Separação Total de bens, bem como porque quando do declarado início de tal relação, supostamente 10.08.2007, o Sr. Wilson já constava com a idade de 78 (setenta e oito) anos, e, nos termos do Art. 1.641, do Código Civil, os bens do casal não se comunicam”.

Salienta que “a alegação da Recorrida de que foram compelidos pelo agente cartorário é infundada e inverídica, ao passo que do termo consta expressamente que, ‘pelos outorgantes e reciprocamente outorgados cada qual ao seu tempo e falando por si, me foi dito que, usando da faculdade que lhes dá a lei, decidiram que o regime de bens será o de separação total de bens [...]”.

Alega que “se engana totalmente a Recorrida e o Tribunal *a quo* no que tange à partilha no inventário, posto que não possui a Recorrida direito algum sobre os bens do *de cujus*”.

Contrarrrazões de Áurea Kurpiel das Chagas apresentadas às fls. 396-410.

Maria de Fátima Grube Carignano não ofertou contrarrazões, consoante certidão à fl. 309.

O recurso de Maria de Fátima recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 432-435), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fls. 554-555).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.922.347 / PARANÁ (2021/0040322-7)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS

ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789

RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RECORRIDO: OS MESMOS

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO

RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE

RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO

RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE

RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS NA OCASIÃO EM QUE FIRMOU ESCRITURA PÚBLICA. PACTO ANTENUPCIAL AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 377 DO STF, IMPEDINDO A COMUNHÃO DOS AQUESTOS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO DE BENS DA COMPANHEIRA. INOCORRÊNCIA. SUCESSÃO DE BENS. COMPANHEIRA NA CONDIÇÃO DE HERDEIRA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REMOÇÃO DELA DA INVENTARIANÇA.

1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial – regime de bens – do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará,

sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723).

2. O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como *só* ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta anos (inciso II).

3. “A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

4. Firmou o STJ o entendimento de que, “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta” (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010).

5. A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” (REsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

6. No casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos.

7. A *mens legis* do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. O que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja adotando pacto que o torne regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens.

8. Na hipótese, o *de cujus* e a sua companheira celebraram escritura pública de união estável quando o primeiro contava com 77 anos de idade – com observância, portanto, do regime da separação obrigatória de bens –, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, realizaram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao enlace, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, com o afastamento da incidência da Súmula n. 377 do STF. Portanto, não há falar em meação de bens nem em sucessão da companheira (CC, art. 1.829, I).

9. Recurso especial da filha do *de cujus* a que se dá provimento. Recurso da ex-companheira desprovido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Aprecio em conjunto ambos os recursos, diante da imbricação dos temas tratados.

3. Inicialmente, quanto à necessidade de ampliação do quórum para julgamento do recurso, haja vista a apresentação de voto divergente, afirmou o Tribunal *a quo*, no âmbito dos aclaratórios, que:

No caso dos autos, se vislumbra a ocorrência do referido vício, que demandaria o prosseguimento do julgamento, em tese.

Não se trata de hipótese de ampliação do quórum de julgamento, na forma do inciso XII, artigo 87 do RITJPR, já que a *decisão submetida ao recurso não julgado parcialmente a demanda*:

Art. 87. Às Câmaras Cíveis em Composição Integral compete processar e julgar:

XII - o recurso de Agravo de Instrumento, em prosseguimento, nos casos de decisão não unânime, iniciado na Câmara Cível Isolada, *quando houver a reforma por maioria da decisão que julgar parcialmente o mérito;*

(fl. 248)

Dessa feita, verifica-se, das razões do especial, que o recurso deixou de impugnar fundamentos suficientes do acórdão recorrido, mais precisamente de que não houve julgamento parcial da demanda, como exige expressamente o Código Processual.

Deveras, o recorrente limitou-se a afirmar que se trata de julgamento de mérito e que, por isso, o Tribunal deveria ter ampliado o quórum de julgamento.

Incidência, portanto, da Súmula n 283 do STF: *“é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”*.

De outra parte, verifica-se que o acórdão recorrido, ainda que decidido por maioria, adotou fundamentos díspares. No entanto, quanto ao principal fundamento de mérito – a possibilidade de se estipularem cláusulas mais restritivas ao regime de separação legal –, tanto o magistrado de piso quanto a maioria dos desembargadores que julgaram o agravo de instrumento entenderam como possível tal pactuação (o voto vencido decidiu por sua impossibilidade), divergindo apenas quanto a uma de suas consequências, no âmbito sucessório, não havendo falar, assim, em julgamento não unânime parcial de mérito. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE RECONHECE A LEGITIMIDADE DE PARTE DA CREDORA PARA AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO JULGADO POR MAIORIA. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO. ART. 942, § 3º, II, DO NCPC. POSSIBILIDADE. OBSERVADA, CONTUDO, A REFORMA DA DECISÃO QUE JULGAR PARCIALMENTE O MÉRITO. AUSÊNCIA DE REFORMA NO CASO EM COMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE NÃO FOI PROVIDO, POR MAIORIA. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO ANALISOU O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DOS VOTOS PROFERIDOS EM SEDE DE JULGAMENTO AMPLIADO PARA FAZER PREVALECER O QUE FICOU DECIDIDO, POR MAIORIA DE VOTOS, PELO RELATOR, PRIMEIRO E SEGUNDO

**VOGAIS (NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO).
RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Somente se admite a técnica do julgamento ampliado, em agravo de instrumento, prevista no art. 942, § 3º, II, do NCPC, quando houver o provimento do recurso por maioria de votos e desde que a decisão agravada tenha julgado parcialmente o mérito. Doutrina sobre o tema.

3. Ausência, no caso dos autos, de provimento do agravo de instrumento, por maioria de votos, e de decisão agravada que tenha analisado o mérito da causa.

4. Reconhecido que o julgamento ampliado se deu em confronto com a lei, devem ser anulados os votos proferidos na modalidade ampliada para prevalecer somente aqueles votos proferidos pelo Desembargador Relator e Primeiro Vogal, que o acompanhou, que entenderam, por maioria, em negar provimento ao agravo de instrumento.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1960580/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021)

4. A principal controvérsia, no caso, está em definir se é possível que os cônjuges/companheiros casados/unidos sob o regime de separação obrigatória de bens, em razão da idade (CC, art. 1641, II), estabeleçam, em acréscimo ao regime protetivo, pacto antenupcial convencionando a separação total de bens, afastando a incidência da Súmula n. 377 do STF (no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento).

O Juízo de primeiro grau entendeu como válida a pactuação de regras econômicas mais restritivas do que as impostas pelo regime da lei, haja vista que:

No caso em tela, todavia, nota-se que as partes firmaram pacto antenupcial claramente optando pelo regime da separação de bens (evento 1.6).

Muito embora o regime da separação obrigatória fosse aplicável à época da data eleita (10.08.2007) para início da convivência, o que chama à atenção é o aspecto volitivo que traduz o pacto antenupcial.

Quer dizer que os conviventes optaram por excluir da comunhão os bens onerosamente adquiridos por um ou outro na constância da convivência, salvo eventual sub-rogação do patrimônio particular de ambos para aquisição de outro em comum.

Dessa forma, entende-se que mesmo nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (artigo 1641 do Código Civil), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, afastar a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por constituir exercício da autonomia privada (artigo 1.653 do Código Civil).

[...]

Deveras, é imperioso considerar que o regime de bens da união estável entre Áurea Kurpiel Chagas e o autor da herança é o de separação total de bens. Por consequência, é indevida a pretensão dela referente à meação de bens em nome do falecido, tampouco a manutenção da falecida na condição do encargo de inventariante, por lhe faltar interesse na meação, ou mesmo na partilha, este à luz do artigo 1829, inciso 1, do Código Civil. Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, acolhe-se a impugnação em apreço, excluindo-se Áurea Kurpiel das Chagas da meação e/ou partilha dos bens deixados por Wilson Naldo Grube, inclusive removendo-a da inventariança; (fls. 18-23)

O Tribunal de origem, por maioria, manteve o posicionamento do magistrado de piso quanto à possibilidade de estipular cláusulas mais restritivas ao regime de separação legal, divergindo, no entanto, com relação às consequências sucessórias de tal entendimento, *in verbis*:

MÉRITO

Da remoção de inventariante – não provimento

Pretende a Agravante a sua manutenção na inventariança, em decorrência da existência de expectativa a meação e ou herança, considerando que deve ser aplicado ao caso o regime de separação obrigatória de bens, já que o “de cujus” já contava com idade superior a 70 anos.

Com parcial razão, contudo.

No caso em tela existem relações jurídicas em análise.

Uma se refere a condição da Agravante enquanto meeira e a segunda de sua condição como herdeira de seu falecido companheiro.

Da expectativa de meação

Conforme estabelece o artigo 1.687 que no regime de separação de bens ou separação convencional de bens, a ausência de comunhão de patrimônio, ficando cada bem no âmbito da esfera de administração daquele que adquiriu o bem.

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Veja-se que o regramento do regime de separação convencional estipula as regras para a vivência da união estável, instituto do direito de família.

Neste íterim para a existência de eventual meação entre os conviventes, é necessária a demonstração de contribuição para a aquisição de bem particular do outro convivente.

É oportuno, também, apontar que o artigo 1.725 do Código Civil estabelece que, quando não há eleição de regime de bens pelos companheiros, aplica-se ao relacionamento o regime de comunhão parcial de bens:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Inobstante não haja a disposição legal quanto a obrigatoriedade de estabelecimento do regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos, como ocorre no casamento, o entendimento jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em razão da proximidade entre os institutos, entende por restringir os direitos dos conviventes maiores de 70 anos, também quanto a escolha de regime de bens. Exige prova do esforço comum.

Confira-se o seguinte julgado de orientação pela Corte Superior, mesmo

anteriormente minimizado pela mesma casa de Leis:

[...]

Veja-se que a legislação tem por objetivo a restrição a livre vontade dos pactuantes, para salvaguardar a comunicabilidade de patrimônio, ou seja, impede a pactuação de regime de comunhão universal ou parcial de bens.

Contudo tal impedimento não abarca regimes ainda mais restritivos, já que se destina justamente a preservação do patrimônio do maior de 70 anos de idade.

Neste interim, não havendo embargos a existência e validade do pacto antenupcial, cabe a sua aplicação.

Da expectativa de herança

Já em relação a expectativa da virago em receber herança do “*de cuius*”, estabelece o artigo 1.829 os chamados para suceder, como herdeiros legítimos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Portanto tendo os companheiros estabelecido o regime de separação convencional de bens, há expectativa de recebimento de herança pela virago.

Veja-se que do contrário, admitindo a prevalência do regime de separação obrigatória de bens, tal condição lhe seria retirada.

Sobre o tema a jurisprudência:

[...]

Isto posto

A decisão é para conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento, reconhecendo a sua expectativa de recebimento de herança, para a retomada da inventariança pela Agravante.

Por sua vez, o voto vencido entendeu que:

Entendo que deve se dado provimento ao recurso para reconhecer o regime de separação legal de bens, e reconhecer expectativa de

direito à meação da agravante, afastando-se, por outro lado, a expectativa de direito à herança e a retomada da agravante no encargo de inventariante, ou seja, a agravante não pode ser nomeada inventariante, ao contrário do que entendeu à eminente relatora.

A decisão agravada entendeu que as partes celebraram o regime da separação convencional de bens, e removeu a agravante do exercício da inventariança, entendendo ser indevida qualquer pretensão referente à meação ou mesmo na partilha (mov. 49.1).

Pois bem.

01. Do regime aplicável à união estável celebrada entre a agravante e o *de cujus*. Separação convencional de bens x separação legal de bens.

Requer a agravante a modificação da decisão agravada para se reconhecer a incidência do regime de separação total de bens, pois não há como se afastar o inciso II do art. 1.641 do Código Civil devido a faixa etária de seu companheiro.

Nesse ponto, entendo que assiste razão à agravante, e manifestou divergência quanto a voto da Desembargadora Relatora, para se reconhecer a separação legal de bens.

Cinge-se a controvérsia a respeito do regime de bens aplicável à união da agravante com o de cujus, falecido em 28/12/2017 (mov. 1.7 do inventário), isto é, se regime da separação legal de bens ou regime da separação convencional de bens.

In casu, a agravante celebrou escritura pública de união estável com o de cujus na data de 12/05/2014 (mov. 1.5 e 1.6), oportunidade em que declararam que desde 10/08/2007 passaram a conviver em união estável, e que estipulavam o regime patrimonial de separação de bens.

Eis o teor da escritura pública de união estável:

1) Que, desde 10/08/2007, passaram a conviver maritalmente, constituindo união estável, na forma do Código Civil, estipulando, desde aquela data, o regime patrimonial de SEPARAÇÃO DE BENS, e que, residem nesta capital;

2) Declaram e definem que a totalidade dos bens móveis e imóveis, de propriedade de cada um, adquiridos anteriormente à referida data do início da união, não foram provenientes do trabalho e colaboração comum, de forma que os bens que constituem o patrimônio próprio de cada

um são absolutamente incomunicáveis pelo dato de sua união. (...) (mov. 1.5 e 1.6)

Assim, observa-se que o de cujus e a agravante mantinham união estável desde 10/08/2007, época na qual primeiro contava com 77 (setenta e sete) anos (nascido 20/11/1929) e a agravante com 37 (trinta e sete) anos (nascida em 10/08/1970).

Na data de 28/12/2017 sobreveio o falecimento do companheiro da agravante, com 88 (oitenta e oito) anos.

O art. 1.641 do Código Civil de 2002 prevê casos em que a incidência do regime da separação obrigatória de bens é imposta:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Na redação original do dispositivo acima, vigente na época do início da união estável ora em análise, era previsto a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 60 (sessenta) anos, passando, após a alteração da Lei n.º 12.344/2010, para os maiores de 70 (setenta) anos.

À união estável se aplicam as mesmas regras do casamento, motivo pelo qual necessário observar, por analogia, o dispositivo acima citado, inclusive no que se refere a direitos sucessórios.

In casu, o de cujus contava com mais de 60 (sessenta) anos quando da celebração da união estável, de forma que é obrigatória a observância do regime da separação legal de bens na união mantida com a agravante.

Apesar de ter ficado registrado na escritura pública de união estável que as partes “estipulavam o regime patrimonial de separação de bens” (mov. 1.5), tal situação não afasta a incidência do regime da separação legal de bens.

Logo, não há que se falar em prevalência do regime da separação convencional de bens, sob o argumento de que as partes assim estipularam, considerando que na escritura que celebraram nada há em sentido diverso ao regime da separação legal de bens, sendo que o que consta no item 6 – a aquisição mediante esforço comum,

deixa claro que deverá ser registrado em nome dos dois – não altera o regime da separação legal de bens, uma vez que a jurisprudência admite a meação do cônjuge que contribuir para a aquisição dos bens, como se verá na sequência.

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que se trata de regime imposto de forma cogente pela legislação:

[...]

Também não se pode admitir que inexistiria impedimento para se pactuar regimes ainda mais restritivos, pois não se pode considerar o regime da separação convencional de bens mais restritivo que o regime da separação obrigatória de bens, considerando que cada regime contém consequências jurídicas distintas.

A exemplo, de acordo com o disposto no art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, apenas o cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da separação convencional de bens concorre com os descendentes na sucessão legítima. De outro lado, há exclusão expressa do cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da separação legal de bens à concorrência sucessória.

Além disso, não há como se afastar um regime patrimonial imposto pelo próprio texto de lei, não podendo a autonomia de vontade se sobrepor à expressa imposição legal.

Desta feita, divirjo da proposta de voto, entendendo que vigorava o regime da separação obrigatória de bens.

02. Da expectativa de direito de MEAÇÃO da agravante sobre os bens adquiridos durante a união.

In casu, a agravante fundamenta sua pretensão recursal com base em mera presunção de esforço comum, limitando-se a alegar que “com plena aplicação a Súmula 377 do STF, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união estável, e para tanto, deve ser preservada a meação da agravante”. (mov. 1.1 – p. 09 do recurso de agravo de instrumento)

Nesse ponto, manifesto divergência quanto ao voto que não reconheceu o direito à meação da agravante, para que seja dado provimento ao recurso para reconhecer a expectativa à meação da agravante, que em ação própria poderá demonstrar que contribuiu para a aquisição dos bens.

No caso dos autos, vigorava entre a agravante e o *de cujus*, por força de imposição legal, o regime da separação total dos bens presentes e futuros.

A respeito do regime de separação de bens estabelece o artigo 1.687 do

Código Civil de 2002:

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Assim, em regra, no regime de separação legal de bens não há comunicabilidade dos bens anteriores e nem dos bens adquiridos por cada cônjuge durante o casamento/união estável.

Ocorre que a doutrina e jurisprudência passaram a admitir exceção a essa regra em casos excepcionais, possibilitando a partilha de bens adquiridos onerosamente durante o casamento para se evitar o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges.

Nesse contexto, a Súmula n.º 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento no regime da separação legal de bens.

É o teor da citada súmula:

Súmula n.º 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Assim, mesmo no regime da separação de bens, possibilita-se a partilha, em casos excepcionais, em que demonstrado o esforço comum do casal na aquisição dos bens.

Necessário, contudo, que a parte que pretende a partilha de bens registrados em nome do outro cônjuge comprove o efetivo esforço comum, ou seja, apresente prova inequívoca de que contribuiu financeiramente ou com seu trabalho para a aquisição dos bens pertencentes ao outro, de modo a configurar uma sociedade de fato sobre o patrimônio.

Havia grande controvérsia acerca da possibilidade de comunicação dos bens no regime da separação obrigatória no casamento, tanto doutrinária e jurisprudencial, quanto à interpretação do comando previsto na Súmula n.º 377, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de se presumir o esforço comum na aquisição dos bens adquiridos na constância do casamento.

Recentemente, em julgado publicado em 30/05/2018, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1623858/MG, pacificou a matéria, firmando o entendimento de que há necessidade de comprovação do esforço comum para a partilha de bens:

[...]

No citado Resp. n.º 1623858/MG, o ilustre Relator Ministro LÁZARO GUIMARÃES esclarece que para ocorrer a comunhão dos bens é imprescindível comprovação da efetiva e relevante participação no esforço para aquisição de determinado bem, ainda que não financeiramente:

(...) Ora, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos.

Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união.

Cabe registrar que em 18/09/2018 no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1628268/DF foi esclarecido que se deve assegurar à viúva o direito de comprovar o esforço na aquisição dos bens passíveis de serem compartilhados, a fim de se evitar cerceamento de defesa:

[...]

Necessário, assim, que a parte que pretende a partilha de bens registrados em nome do outro cônjuge comprove o efetivo esforço comum, ou seja, apresente prova inequívoca de que contribuiu financeiramente ou com seu trabalho para a aquisição dos bens pertencentes ao outro, de modo a configurar uma sociedade de fato sobre o patrimônio.

No mesmo sentido, ensina o ilustre doutrinador DIMAS MESSIAS DE CARVALHO:

A doutrina e a jurisprudência têm admitido, mesmo no regime de separação absoluta de bens, o reconhecimento do aqwesto e conseqüentemente a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, estendendo a interpretação das Súmulas 371 e 380 do STF, evitando o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges. O esforço comum, entretanto, não pode ser presumido, sob pena de ser inviabilizado o regime de separação pura de bens, exigindo prova do esforço econômico. As obrigações recíprocas dos cônjuges, inerentes ao casamento, como os deveres pelos encargos da família e mútua assistência, não refletem no esforço comum para aquisição de bens a configurar uma sociedade de fato patrimonial, pois decorreu da existência do próprio matrimônio (arts. 1.565, 1.566, III e IV, e 1.688 do CC). Exige-se, assim, prova inequívoca que o cônjuge contribuiu financeiramente ou com seu trabalho para aquisição, benfeitorias ou reformas em bens pertencentes ao outro, portanto, estranho aos deveres do casamento, para configurar o aqwesto e, conseqüentemente, a partilha de bem comum.

Logo, como bem esclarecido na lição acima transcrita, o esforço comum não pode ser presumido, sob pena de se inviabilizar o regime de separação absoluta de bens.

Outrossim, as obrigações recíprocas dos cônjuges no sentido de contribuir para as despesas da família, não são suficientes para comprovar o esforço comum na aquisição de bens e para se constituir a sociedade sobre o patrimônio adquirido no casamento.

Mesmo no regime de separação de bens, o art. 277 Código Civil de 1916 e o art. 1.688 do Código Civil de 2002 estabelecem como obrigação a mútua assistência, inerente ao próprio matrimônio, independente do regime de bens:

Art. 277. A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Assim, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que eliminou a controvérsia existente sobre o tema, é de que há meação quando houver comprovação do esforço comum para a partilha de bens.

De acordo com a agravante, os bens objeto de meação se limitam a: a) casa na praia (Matinhos – Balneário Caiobá – matrícula 31.432), b) veículo Palio Weekend, c) eventuais direitos de créditos e valores em conta bancária.

O *de cujus* e a agravante mantinham união estável desde 10/08/2007 até 28/12/2017, quando sobreveio o falecimento de WILSON NALDO BRUBE.

Ao que consta nos autos, a casa na praia (Matinhos – Balneário Caiobá – matrícula 31.432) (mov. 31.6), foi adquirida pelos de cujus WILSON NALDO BRUBE na data de 16/11/2017, pelo valor de R\$ 127.000,00 (cento e vinte e sete mil reais). Portanto, trata-se de imóvel adquirido durante a união estável mantida com a agravante.

Em relação ao veículo Palio Weekend (mov. 31.7), observa-se que se trata de modelo fabricado no ano de 2008, e não se sabe, por ora, a data de aquisição do citado veículo.

No que toca ao saldo em contas bancárias, consta nas primeiras declarações que o *de cujus* mantinha valores de R\$ 6.678,00 e R\$ 392.880,74 em conta corrente. Porém, deve ser apurado quais valores foram depositados durante a união estável e quais valores já se encontravam depositados em nome do *de cujus* antes do início da união.

De toda forma, merece provimento o agravo de instrumento nesse ponto, a fim de reconhecer expectativa de direito à meação da agravante, em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável discriminados pela agravante a) casa na praia (Matinhos – Balneário Caiobá – matrícula 31.432), b) veículo Palio Weekend, c) eventuais direitos de créditos e valores em conta bancária, desde que comprovado esforço comum em ação autônoma que deverá ser intentada pela agravante.

03. Dos direitos sucessórios na qualidade de HERDEIRA da agravante

Quanto ao direito da agravante na participação do inventário, na qualidade de herdeira, necessário registrar que não se confunde eventual direito de meação da viúva com como eventual direito à legítima do de cujus.

Importante observar que o recurso da viúva se limita à pretensão de reconhecimento de sua condição de meeira sobre os bens adquiridos onerosamente após o início da união estável.

Veja que o pedido da agravante é para “reconhecer o direito da Agravante a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, assim, como determinada a recondução na condição de inventariante, por ser medida de direito e JUSTIÇA” (mov. 1.1, página 12).

A decisão agravada entendeu que vigorava entre as partes o regime da separação convencional de bens e afastou o direito à herança da agravante.

As alegações da agravante se voltam ao reconhecimento do regime da separação total de bens e seu reconhecimento na qualidade de meeira, em razão desse regime.

Logo, não há como apreciar questão relativa a eventual direito sucessório na qualidade de herdeira da agravante, sob pena de violação ao princípio da dialeticidade recursal.

04. Da retomada no encargo de inventariante.

Também manifestou divergência quanto a retomada da agravante no encargo de inventariante.

Isso porque há mera expectativa de meação sob pequena parcela do patrimônio do *de cujus*, e, ao que consta, os demais bens do espólio não se encontram na posse e administração da agravante.

Logo, não há porque se determinar a retomada da agravante ao exercício da inventariança.

05. Conclusão

Por essa razão, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento, para reformar a decisão agravada (mov. 49.1) para:

a) afastar o reconhecimento da vigência do regime de separação convencional de bens, e, via de consequência, reconhecer a vigência do regime da separação obrigatória/legal de bens na união estável celebrada entre o de cujus e a agravante, regime jurídico obrigatório para os maiores de 70 (setenta) anos;

b) reconhecer a expectativa de direito à meação da agravante, em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, desde que comprovado esforço comum, a ser apurado em

ação autônoma, nos termos da fundamentação acima, sendo certo que, no momento, a agravante não pode ser nomeada inventariante, como reconhecido na decisão agravada.

5. Como sabido, o Código Civil faculta aos cônjuges estipular – antes do matrimônio – o que lhes aprouver quanto aos seus bens (art. 1.639), vigorando, portanto, o princípio da liberdade em relação às convenções antenupciais.

O pacto antenupcial é, por conseguinte, “um negócio solene de direito de família, destinado especificamente às deliberações de conteúdo patrimonial entabuladas pelos consortes, embora possa regulamentar outros assuntos que estejam em conformidade com a ordem pública e com a finalidade do pacto, a exemplo de disposições relacionadas a direito existencial” (CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 66).

Pontes de Miranda leciona que os pactos antenupciais “têm uma dupla importância: a dos direitos que regulam, e a das consequências e significação para os estranhos” (*Tratado de direito de família*, v. 2, p. 17).

Dessarte, é o pacto antenupcial e o contrato de convivência que definirão as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial – regime de bens – do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723).

Os regimes escolhidos poderão ser alterados posteriormente, mediante autorização judicial (CC, art. 1.639, §§ 1º e 2º). Não havendo pacto ou em sendo ele nulo ou ineficaz, incidirá regime supletivo disposto pela norma – o regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.640).

Não se pode olvidar, ainda, que o ordenamento jurídico admite a mutação de regimes “com elementos ou partes de cada um; que podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290).

Por outro lado, o Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil (art. 258, parágrafo único, do CC/1916):

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Importa pontuar que, por consectário lógico, à luz do disposto no art. 1.639, §2º do Código Civil, superadas as causas determinantes do regime da separação obrigatória, é possível que ocorra a alteração do regime, conforme pontua o Enunciado n. 262 da III Jornada de Direito Civil do CJF.

6. Nessa toada, com relação ao inciso II – regime da separação obrigatória em razão da idade –, é importante destacar que, até 9 de dezembro de 2010, a idade eleita pelo Código era de 60 anos para o cônjuge varão e de 50 anos para o cônjuge virago. Pela justificativa do projeto de lei que ampliou a idade para 70 anos, verifica-se que:

Nos primórdios do século XX, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o que condicionou o legislador a estabelecer que nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos deveria ser observado o Regime de Separação Obrigatória de Bens, norma expressa no inciso II do art. 258 daquele Estatuto.

[...]

Hoje, no entanto, em pleno século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

Nessa ordem de ideias, especificamente no que toca ao regime legal em decorrência do tempo de vida, tem o STJ dirimido diversos litígios com a efetivação das mais diversas interpretações, perfazendo um quadro normativo a auxiliar o intérprete na solução de tais questões, sensíveis ao direito das famílias.

Em um primeiro momento, esta Corte reconheceu a tese, *fundamental para o caso em comento*, de que *há extensão do normativo protetivo do idoso aos companheiros*, decidindo que, “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta” (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010).

Após, por meio da Segunda Seção, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu-se que, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), *ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável* (EResp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

Em termos pragmáticos, o regime legal separatista voltado aos septuagenários (antigos sexagenários), seja para o casamento, seja para a união estável, ao fim e ao cabo, acabou por atrair, em grande parte, as regras da comunhão parcial de bens, ressalvada a presunção de esforço comum do consorte.

A ideia do colegiado foi no sentido de que, “como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

No ano de 2016, o STJ, *excepcionando a regra legal que impõe o regime da separação obrigatória, afastou “a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável*, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico” (REsp 1318281/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

Entendimento também consagrado na III Jornada de Direito Civil do CJF: “a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade” (Enunciado n. 261).

7. Após tracejada a linha evolutiva do tema, no que toca ao ponto específico objeto do presente julgado, cabe definir se a imposição do regime da separação obrigatória para septuagenários, no casamento e na união estável, impede que os consortes, em exercício da autonomia privada e buscando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros (CC, art. 1.639), pactuem cláusula mais protetiva

ao regime de separação legal – com o afastamento da Súmula n. 377 do STF e com total exclusão dos aquestos da comunhão – ou se a lei lhes teria retirado qualquer margem de escolha, sob pena de nulidade por fraude à lei cogente.

Em outros termos, tendo-se em conta que o regime da separação obrigatória acabou recebendo certa mitigação pela Súmula n. 377 do STF – pois a jurisprudência autorizou que os bens adquiridos onerosamente, desde que demonstrado o esforço comum, podem ser partilhados –, questiona-se se é possível que os cônjuges (ou companheiros) busquem afastar o referido verbete sumular com estipulação de regras ainda mais restritivas em relação à comunicação dos seus bens. Ou seja, se é possível estabelecer, pelo pacto antenupcial, precisamente o que a lei determina.

Para concretizar o debate, pensemos num exemplo prático citado pelo saudoso Professor Zeno Veloso, publicado no Jornal *O Liberal*, de Belém do Pará:

Há cerca de um ano João Carlos e Matilde estão namorando. Ele é divorciado, ela é viúva. João fez 71 anos de idade e Matilde tem 60 anos. Resolveram casar-se e procuraram um cartório de registro civil para promover o processo de habilitação. Queriam que o regime de bens do casamento fosse o da separação convencional, pelo qual cada cônjuge é proprietário dos bens que estão no seu nome, tantos dos que já tenha adquirido antes como dos que vier a adquirir, a qualquer título, na constância da sociedade conjugal, não havendo, assim sendo, comunicação de bens com o outro cônjuge. Mas o funcionário do cartório explicou que, dado o fato de João Carlos ter mais de 70 anos, o regime do casamento tinha de ser o obrigatório, da separação de bens, conforme o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, que diz: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos”. Não é necessário que cada um dos nubentes tenha mais de 70 anos. Basta que um deles já esteja nessa situação e a regra legal imperativa e cogente se aplica. [...]

Mas João Carlos é investidor, atua no mercado imobiliário, adquire bens imóveis, frequentemente, para revendê-los. E Matilde é corretora, de vez em quando compra um bem com a mesma finalidade. Seria um desastre econômico, para ambos, que os bens que fossem adquiridos por cada um depois de seu casamento se comunicassem, isto é, fossem de ambos os cônjuges, por força da Súmula 377/STF. No final das contas, o regime da separação obrigatória, temperado pela referida Súmula, funciona, na prática, como o regime da comunhão parcial de bens. Foi, então, que me procuraram, pedindo meu parecer.

(VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-fastara-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Acesso em: 16 nov. 2021).

Realmente, em regra, quanto ao regime de bens, vige a liberdade de contratação entre os nubentes (CC, art. 1.639), com ênfase na autonomia privada. Excepcionalmente, cuida o legislador de traçar limites à livre pactuação, impedindo que normas cogentes, de ordem pública, sejam vulneradas, como determina o multicitado art. 1.641 do CC, que estabelece a separação obrigatória.

Nesse sentido:

CASAMENTO. REGIME DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL ESTABELECENDO O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL. MULHER COM MAIS DE CINQUENTA ANOS. INADMISSIBILIDADE. ARTS. 257, II, E 258, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CÓDIGO CIVIL.

- *A norma do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, possui caráter cogente. É nulo e ineficaz o pacto antenupcial firmado por mulher com mais de cinquenta anos, estabelecendo como regime de bens o da comunhão universal.*

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 102.059/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 23/09/2002).

Dessarte, em relação ao regime da separação legal, tem-se que a “intenção do legislador, em uma visão patrimonialista, despreocupada com os aspectos existenciais, era proteger os interesses da prole, evitar que a pessoa de idade avançada corresse o risco de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266).

De fato, conforme já consignado pelo STJ, “a *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

Assim, se a *mens legis* do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos, penso que, por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário – afastando a incidência da Súmula n.

377 do STF do regime da separação obrigatória –, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião.

Trata-se, em verdade, de valorização da autonomia privada, conferindo efetividade ao planejamento familiar dos nubentes.

É o que esclarece José Fernando Simão:

A discussão sobre a possibilidade de pacto antenupcial para as hipóteses em que a lei impõe separação obrigatória, mormente para os maiores de 70 anos (artigo 1.641, inciso II do CC), é bastante interessante, pois normalmente passa por uma sedutora a simplificação de raciocínio que leva à conclusão equivocada (mas também sedutora).

A premissa da qual partem alguns é a seguinte: se a separação é obrigatória, a lei retirou a faculdade de escolha do regime de bens, logo o pacto é nulo por fraude à lei cogente.

Esse raciocínio linear e incorreto padece de um vício: a ausência de compreensão da teleologia, ou finalidade, da norma.

Por que a lei impõe o regime de separação de bens a certas pessoas? Porque ela pretende proteger certas pessoas de si próprias, pois entende que o casamento pode ser fonte de prejuízos. Entende que a pessoa pode ser vítima de “golpe do baú”, em que o casamento tenha finalidade argentária e não afetiva.

A separação é almejada de maneira cogente. A separação de bens implica a não comunhão, a ausência de meação e que todos os bens do casal sejam particulares (só dele ou só dela).

A Súmula 377 do STF perverteu o sistema. Criou comunhão parcial em um regime dito de separação, em um regime cujo objetivo era proteger os nubentes.

[...]

Então surge uma pergunta: *se a ratio legis é a proteção daquele que se casa e a súmula acaba por desproteger tais pessoas, pois gera uma comunhão dos aquestos, por que não se admitir um pacto antenupcial que estabeleça a separação total de bens?*

Se o pacto gerar comunhão quando a lei quer evitá-la, o pacto será nulo. Assim, se a avença por um regime de comunhão universal, parcial de bens ou participação final nos aquestos for estabelecida por pacto antenupcial, este será nulo. Em outras palavras, se os nubentes

adotarem um regime misto, criando comunhão em hipótese que a lei proíbe, o pacto será nulo.

Se, contudo, estabelecerem a separação total de bens, o espírito do Código Civil será observado. É por isso que a lei deve ser interpretada de acordo com sua finalidade. É válido e possível o pacto antenupcial que estabeleça separação mais radical que a obrigatória.

(Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível. <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-eparacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel#sdfootnote5sym> Acesso em: 14 nov. 2021)

Não se pode olvidar, como bem adverte Zeno Veloso, que o enunciado da Súmula n. 377 do STF não é matéria de ordem pública, não representa direito indisponível e, por conseguinte, não deve ser observado a qualquer custo, irremediavelmente (VELOSO, Zeno. Ob. cit.).

No ponto, destaca Flávio Tartuce que:

*Estamos total e unanimemente filiados à opinião de Zeno Veloso, levando-se em conta a *opinium* daqueles que se manifestaram no nosso grupo. De início, sem dúvida, a Súmula 377 do STF — do remoto ano de 1964 —, traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes, não só no casamento, como na união estável.*

[...]

A única restrição de relevo a essa regra diz respeito às disposições absolutas da lei, consideradas regras cogentes, conforme consta do art. 1.655 da mesma codificação, o que conduziria à nulidade absoluta da previsão. A título de exemplo, se há cláusula no pacto que afaste a incidência do regime da separação obrigatória, essa será nula, pois o art. 1.641 do Código Privado é norma de ordem pública, indisponível, indeclinável pela autonomia privada. Todavia, não há qualquer problema em afastar a Súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime da separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, em que nada se comunica.

(Direito Civil: direito de família. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 160)

Portanto, o que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja adotando pacto que o torne um regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens.

8. É bem de ver que, com essa interpretação, o casal ou os companheiros não estão substituindo o regime de bens de separação obrigatória pelo de separação convencional, o que é vedado pela norma (CC, art. 1.641, II), aliás cogente e imperativa.

O que se reconhece é tão somente a possibilidade de os cônjuges/companheiros estipularem, no pacto antenupcial, cláusula mais protetiva ao seu enlace, afastando a mitigação decorrente da Súmula n. 377 do STF. Isto é, “o casal não se casa por separação convencional de bens após fazer o pacto. Casa-se por separação obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens” (SIMÃO, José Fernando. Ob. cit).

Isso é fundamental, seja em razão da nulidade por violação a norma de ordem pública, uma vez que o pacto antenupcial não pode ser contrário à *voluntas legislatoris*, seja em virtude das consequências advindas de tal posicionamento, haja vista que as disposições sobre o regime de bens poderão repercutir em diversos outros momentos, como, por exemplo, no direito sucessório (nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil, o cônjuge não é herdeiro necessário quando o casamento é regido pela separação obrigatória de bens, o que não ocorre no casamento celebrado pelo regime da separação convencional de bens).

Dessarte, caso os nubentes demonstrem claramente o intento de restringir, ainda mais, o regime da separação obrigatória pelo afastamento da Súmula 377, com a vedação da comunhão do seu patrimônio, penso que é totalmente admissível o estabelecimento de pacto nupcial para tanto.

Nestes casos, restará “consignado no assento pertinente que o casamento foi celebrado pelo regime da separação total de bens, com indicação expressa da escritura pública do pacto antenupcial, sendo certo que dito pacto não tem o condão de atribuir àquele matrimônio os efeitos próprios do regime de separação total convencional de bens (que diferem dos efeitos do casamento pelo regime de separação obrigatória de bens), mas apenas de consignar que o regime de bens deve ser o da mais absoluta separação de patrimônios, afastando a incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal*. Civilistica. com. Rio de Janeiro, a.3, n.1, jan.-jun./ 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em 16 nov. 2021)

Trata-se de posicionamento dos especialistas no tema:

Além da clareza do argumento, no sentido de se tratar de matéria de ordem privada e, portanto, disponível, acrescenta-se, como pontuou Mário Luiz Delgado em nossos debates, que “é lícito aos nubentes,

antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (art. 1.639, caput, do Código Civil). A única restrição de relevo a essa regra diz respeito às disposições absolutas de lei, consideradas regras cogentes, conforme consta do art. 1.655 da mesma codificação, o que conduziria à nulidade absoluta da previsão. A título de exemplo, se há cláusula no pacto que afaste a incidência do regime da separação obrigatória, essa será nula, pois o art. 1.641 do Código Privado é norma de ordem pública, indisponível, indeclinável pela autonomia privada.

Todavia, não há qualquer problema em se afastar a súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime da separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, em que nada se comunica. Tal aspecto foi muito bem desenvolvido por José Fernando Simão também nos debates que travamos.

Em suma, mestre Zeno Veloso, sim, podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da súmula 377. *Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (art. 1.653 do CC/2002).*

(TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 160-161)

Como se percebe, o Enunciado 377 da súmula de jurisprudência da Corte Excelsa (que se mantém aplicável pelo entendimento prevaletente no Superior Tribunal de Justiça) termina por arrefecer, suavizar, o regime da separação obrigatória de bens (CC, art. 1.641), na medida em que determina a comunhão dos aquestos — bens adquiridos onerosamente na constância.

Sob o ponto de vista prático, termina por avizinhar, aproximar bastante, o regime da separação obrigatória de bens de uma comunhão parcial.

Por isso, com lastro seguro na autonomia privada, entendemos ser possível às partes que estariam submetidas à separação legal, eleger, por meio de pacto antenupcial, o regime da separação absoluta de bens, impedindo qualquer comunhão patrimonial. Até mesmo porque a intenção óbvia do legislador, ao estabelecer a separação obrigatória de bens, foi impedir a comunhão patrimonial naquelas hipóteses ali indicadas. Por lógica, então, as partes podem reforçar a

intenção do legislador, impedindo qualquer comunhão, decorrente do entendimento sumular.

De fato, a função da autonomia privada no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento é servir como “forma de consagração e concretização da dignidade humana”, como afirma Thiago Felipe Vargas Simões. Logo, a possibilidade de um afastamento absoluto de patrimônio, obstando a incidência da súmula afigura-se-nos completamente possível, como mecanismo de autorregulamentação privada.

Naturalmente, não podem as partes, por meio de pacto antenupcial, estabelecer regimes de comunhão patrimonial, na medida em que estariam, aí sim, afrontando o espírito legislativo.

(FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 324)

Afora estas, outras tantas cláusulas poderiam ser inseridas, estabelecendo, por exemplo:

a) nos regimes separatistas:

a.1) a divisão dos frutos percebidos por determinado bem particular, como os aluguéis de uma casa de praia;

a.2) a não incidência da Súmula n. 377 do STF aos casamentos celebrados por septuagenários e por quem quer se encontre nas hipóteses previstas pelo art. 1.641 do Código Civil;

a.3) a comunicabilidade somente de certos bens individualizados, pertencentes ao patrimônio exclusivo de um consorte etc.;

a.4) a comunicabilidade gradual e progressiva de parcela do patrimônio que venha a ser adquirido na constância da união etc.;

b) nos regimes comunitários:

b.1) a atribuição de determinados encargos exclusivamente a um cônjuge, como o pagamento de tributos incidentes sobre determinado bem comum ou particular;

b.2) a administração exclusiva de bem adquirido na constância do casamento, como uma fazenda ou um imóvel locado a terceiros;

b.3) a não comunicabilidade de determinados bens adquiridos na constância da união;

b.4) a incomunicabilidade de certas rendas etc. (CC, art. 1.665)
(CALMON, Rafael. *ob. cit.*, p. 74)

[...] não há motivos para negar que aqueles que devem se submeter ao regime de separação obrigatória de bens afirmem em documento autêntico o seu desejo de realmente viverem uma separação total e plena de patrimônios, na esteira do comando legal. Isso porque, nestes casos, o que os nubentes pretendem é evitar que, por imposição de uma interpretação jurisprudencial antiga, decorrente da legislação anterior e hoje em discussão sobre a sua permanência, sejam obrigados a viver em regime de comunhão parcial por força do citado verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, quando a vontade de ambos é que a vida financeira e patrimonial dos dois seja completamente separada e incomunicável.

(NEVARES, Ana Luiza Maia. *ob. cit.*)

Nesse sentido também é o entendimento do Enunciado n. 634 da VIII JDC/CJF, segundo o qual “é lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”.

A justificativa da proposição foi a seguinte:

Em atenção ao art. 1.641, I, II e III do Código Civil, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 anos; e de todos os que dependerem de suprimento judicial para casar.

Diante da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, e em consequência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que referida súmula permanece em vigor mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, e, ainda, que se presume o esforço comum dos bens adquiridos no regime da separação obrigatória, as pessoas casadas por este regime de bens sofrem os mesmos efeitos do regime da comunhão parcial, tornando-se, portanto, os efeitos da separação legal de bens inexistentes no caso de rompimento do vínculo matrimonial.

Sendo assim, observado o direito dos nubentes de estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver (art.1.639 do Código Civil) – respeitada a vedação prevista no art. 1.641 do Código Civil – e, especialmente, o respeito ao exercício da autonomia privada, é garantido aos nubentes, quando inseridos no rol de pessoas que devem se casar pelo regime da separação obrigatória de bens estipular por pacto antenupcial o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime, afastando a incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Nessa trilha, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Pernambuco editou normativo autorizando expressamente tal providência, por meio de edição do Provimento nº 8/2016, estabelecendo no art. 664-A que:

No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial.

Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

A Corregedoria-Geral de Justiça do TJSP, em decisão de dezembro de 2017, seguiu a mesma linha interpretativa:

REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE.

Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação convencional de bens, que se mostra inadmissível.

(Fonte: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14166>.)

9. Assinala-se, por fim, que o STJ, em ao menos duas oportunidades, reconheceu, ainda que em *obiter dictum*, o entendimento que ora se sustenta.

No julgamento do REsp n. 1.163.074/PB, a Terceira Turma decidiu ser “necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil”. Na oportunidade, destacou o relator, Ministro Massami Uyeda, que:

Sob e égide da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem esse interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no já mencionado artigo 1647 da lei civil.

Caso os cônjuges sujeitos à separação legal desejem afastar os efeitos da Súmula n. 377/STF, cumpre-lhes celebrar o pacto antenupcial para acrescer às regras de separação legal as regras próprias da separação convencional com relação aos bens adquiridos na vigência do casamento.

Da mesma forma, esta Quarta Turma, ao julgar o REsp n. 15.636/RJ, Rel. Ministro Fontes de Alencar (julgado em 16/02/1993, DJ 12/04/1993), que tinha por tema a irrevogabilidade da separação absoluta de bens resultante do pacto antenupcial e do óbice ao reconhecimento de sociedade de fato entre os cônjuges, afirmou que:

É verdade que a Súmula 377 do STF estabelece que no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, mas é indiscutível que tal verbete não tem aplicação, quando as partes livremente convençam a separação absoluta dos bens presentes e futuros, através do pacto. Aliás, a referida Súmula só diz respeito ao regime de separação legal. Por outro lado, a Súmula não pode ser interpretada ampliativamente, mas, sim, dentro dos limites exatos do que nela se contém.

10. Assim, no casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação legal ou obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, venham a afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula n. 377 do STF, perfazendo um casamento ou uma união estável celebrada por separação obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens (ou de impedimento da comunhão do patrimônio).

Na hipótese, o *de cujus* e a recorrente, Áurea, celebraram escritura pública em 12/5/2014, momento em que declararam que mantinham união estável desde 10/8/2007, época na qual o primeiro contava com 77 anos (nascido 20/11/1929) e a agravante com 37 anos (nascida em 10/8/1970) – efetivando união estável com observância do regime da separação obrigatória de bens –, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, celebraram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao regime, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, afastando a incidência da Súmula n. 377 do STF.

Portanto, em se tratando de união estável sob a regência do regime da separação obrigatória com pacto de não comunhão de bens, não há falar em meação de bens (já que afastada a Súmula n. 377 do STF), tampouco em sucessão da companheira Áurea, nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil.

Trata-se da jurisprudência da Casa:

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. *No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.*

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1382170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015)

É também a conclusão da doutrina:

Na realidade, algo deve ser frisado: o casal não se casa por separação convencional de bens após fazer o pacto. Casa-se por separação obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens.

Isso resolve a questão sucessória decorrente do artigo 1.829, inciso I. O regime não é de separação convencional com a decorrente concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes. É de separação obrigatória

com pacto antenupcial e, portanto, em matéria sucessória, prevalece a não concorrência. Portanto, com a morte de um dos cônjuges, todos os bens do falecido pertencerão aos descendentes.

(SIMÃO, José Fernando. Ob. cit.)

11. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de Maria de Fátima Grube Carignano para, restabelecendo a decisão do magistrado de piso, reconhecer como válido o pacto antenupcial de separação de bens, no âmbito da união estável, pelo regime da separação obrigatória celebrado pelos companheiros, excluindo a viúva Áurea Kurpiel das Chagas da qualidade de meeira e/ou da partilha dos bens deixados por Wilson Naldo Grube, removendo-a da inventariança. Consequentemente, nego provimento ao recurso especial de Áurea Kurpiel das Chagas.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2021/0040322-7

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.922.347 / PR

**Números Origem: 00027192520188160188 00086834420198160000
86834420198160000**

EM MESA

JULGADO: 07/12/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SOLANGE MENDES DE SOUZA

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ÁUREA KURPIEL DAS CHAGAS

ADVOGADO: TADEU KURPIEL JUNIOR - PR081789

RECORRENTE: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO - INVENTARIANTE

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

RECORRIDO: OS MESMOS

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE - ESPÓLIO

RECORRIDO: WILSON NALDO GRUBE FILHO

RECORRIDO: PAULO AUGUSTO GRUBE

RECORRIDO: REINALDO GRUBE NETO

RECORRIDO: MARIA DA SALETE GRUBE

RECORRIDO: MARIA DE FÁTIMA GRUBE CARIGNANO

ADVOGADO: RAPHAEL TOSTES SALIN E SOUZA - PR057860

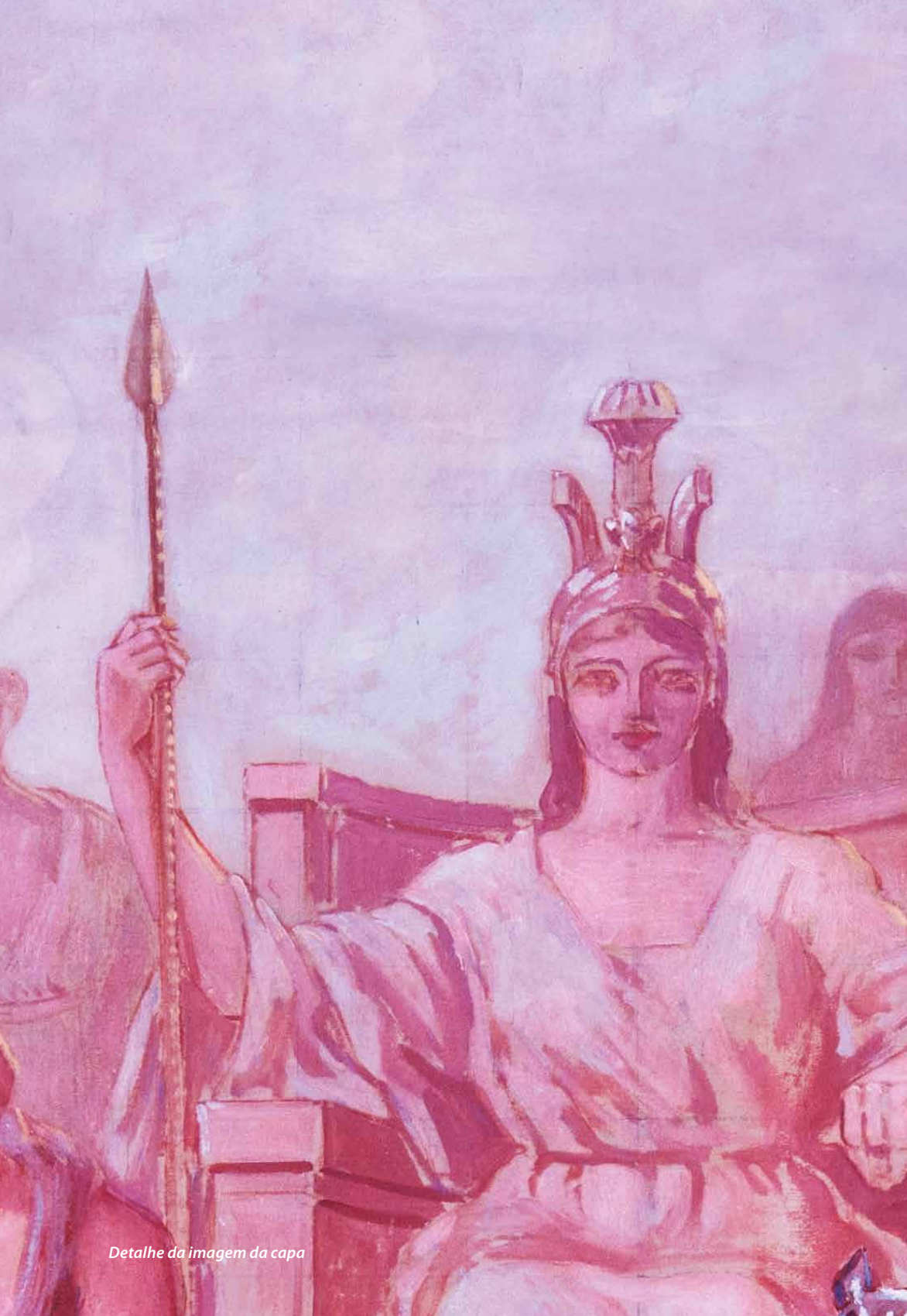
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - SUCESSÕES - INVENTÁRIO E PARTILHA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial de Maria de Fátima Grube Carignano e negou provimento ao recurso especial de Áurea Kurpiel das Chagas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





PGJ e membros do MPRJ são agraciados com a Medalha Mérito da Defesa Civil do Estado

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, e membros do MPRJ receberam a Medalha Mérito da Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro em cerimônia que se realizou no Palácio Guanabara no dia 15 de março. A comenda é entregue, anualmente, a instituições e personalidades, civis ou militares, que prestaram relevantes serviços ao Estado e à comunidade fluminense, em assuntos de defesa civil.

Juntamente com o PGJ, receberam a Medalha pelo MPRJ as Procuradoras de Justiça Patrícia Leite Carvão, coordenadora-geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana, e Denise Tarin, coordenadora do Programa Morte Zero, além dos Promotores de Justiça Zilda Januzzi, titular da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Petrópolis, Vanessa Katz, titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Petrópolis, Vicente de Paula Mauro Júnior, titular da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Petrópolis, Odilon Lisboa Medeiros, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Petrópolis, e Flávia Meschick, titular da Promotoria de Justiça de Investigação Penal de Petrópolis.

O evento contou ainda com as presenças do Governador Cláudio Castro, do Presidente da Alerj, André Ceciliano, do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Henrique Figueira, do Senador Romário e do Comandante Militar do Leste, José Eduardo Pereira. Na ocasião, também foram

homenageados com a Medalha Mérito Avante Bombeiro bombeiros militares que trabalharam nas buscas por feridos e desaparecidos da chuva que se abateu sobre a cidade de Petrópolis, no dia 15 de fevereiro. Previamente à entrega das medalhas, o Bispo Diocesano de Petrópolis, Dom Gregório Paixão, celebrou uma missa em memória às vítimas do desastre.





PGJ participa da abertura do XXIV Congresso Nacional do Ministério Público

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, ao lado do Presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Cláudio Henrique da Cruz Viana, da cerimônia de abertura do XXIV Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em 23/03 no Centro de Eventos do Ceará, em Fortaleza. O Promotor de Justiça do MPRJ Emerson Garcia ministrou palestra de abertura do evento, que reúne membros do MP de todo o país, discursando sobre o tema “Improbidade Administrativa e Lógica do Razoável: Um Diálogo Necessário”.

Conforme pontuou Luciano Mattos, o evento é um dos mais importantes para o Ministério Público brasileiro, pois nele são debatidas as teses e estratégias que orientarão a atuação da instituição como um todo. “Representa também uma oportunidade de conagração entre Promotores e Procuradores de Justiça de todo o país, para o alinhamento dos procedimentos a serem adotados no enfrentamento cotidiano dos desafios que deverão se apresentar em nível nacional e nos estados”, destacou o PGJ.

Previamente à abertura do evento, ocorreram as apresentações de teses aos presentes. A Procuradora de Justiça Eliane de Lima Pereira, coordenadora de Direitos Humanos e Minorias do MPRJ, apresentou a tese “Documentação e



Desaparecimento: O Papel do Ministério Público em Duas Políticas Públicas Estruturantes e Complementares”, desenvolvida por ela, pela Procuradora de Justiça Patrícia Leite Carvão, Coordenadora-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana, e pela Promotora de Justiça Roberta Rosa Ribeiro, Coordenadora de Mediação, Métodos Autocompositivos e Sistema Restaurativo.

A Promotora de Justiça Roberta Rosa Ribeiro fez ainda a apresentação da tese “A Atuação do Ministério Público no Fomento da Política Pública de Defesa de Defensores de Direitos Humanos – A experiência do Estado do Rio de Janeiro”, de sua autoria. A Promotora de Justiça Luciana Benisti, por sua vez, apresentou a tese “Remissão Pré-Processual Cumulada com Medidas Socioeducativas em Meio Aberto – Uma Análise à luz da Justiça Penal Negociada”, também de sua lavra. A Promotora de Justiça Viviane Alves apresentou a tese “Projeto Nascer Legal”, baseada em experiência da instituição, adaptada por ela, por Eliane de Lima Pereira e pela Promotora de Justiça Patrícia Hauer Duncan. A também Promotora de Justiça Luciana Grumbach apresentou a tese “Procedimento Administrativo como Instrumento de Fiscalização de Acolhimento de Crianças e Adolescentes”, escrita por ela e pela Promotora de Justiça Érica Parreiras. No dia 25/03, a Promotora de Justiça Simone Sibilio ministrou palestra aos presentes com o tema “A Necessidade de Implementar Novas Estratégias na Luta Contra as Organizações Criminosas”.

O evento contou com as presenças dos Ministros Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), que proferiu a palestra “Os Desafios do Sistema de Justiça no Cenário Pós-Pandemia / Democracia e Polarização Política: os Desafios do

Sistema de Justiça”, e Humberto Martins, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que discursou sobre “Impactos da Tecnologia 5G no Sistema de Justiça”. O Presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, ministrou palestra sobre “O Papel do Ministério Público para a Estabilidade da Democracia e Harmonia entre os Poderes da República” e o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, por ocasião da palestra de encerramento do encontro, falou sobre o tema “O Futuro do Ministério Público Brasileiro no Contexto Pós-Pandemia: Para Onde Vamos?”



ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

66, 82, 149, 152, 155-161, 163-165, 167, 253-254, 257, 259;

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

149, 155;

AÇÃO *SUI GENERIS*

149, 155-156, 167;

AÇÕES COLETIVAS

66-67, 71, 83, 160, 254;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

19-20, 25-26, 30, 36, 49;

ADESÃO AO ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

211;

ALTERAÇÃO DA LEI Nº 8.906/1994

87, 98;

ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 14.320/2021

125;

ALTERIDADE

199, 205, 226;

ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/92

125, 137;

ATAVISMOS TEOCRÁTICOS

108-109;

BOA GOVERNANÇA PÚBLICA

149-150;

CARTEIRA DE VACINAÇÃO

60, 62-63;

COERÇÃO INDIRETA

64, 55;

COLETIVISMO ONTOLÓGICO

65-66, 73, 75;

COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

125;

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA UNIÃO PARA MANTER RELAÇÕES COM ESTADOS ESTRANGEIROS E CUMPRIR TRATADOS

171, 181;

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

171-181, 184, 187-188;

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL

171, 175;

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA UNIÃO

172;

COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE*

171-173, 175-176, 184, 187;

COMPORTAMENTO PERNICIOSO E DESTRUTIVO

200;

CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO

65, 67, 69, 70;

CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE GRUPO, MEMBRO DO GRUPO E CONDUTOR DO PROCESSO COLETIVO

65, 67, 70;

CONCEPÇÕES COLETIVISTAS E INDIVIDUALISTAS

65, 79, 81;

CONTORNOS JURÍDICOS

139;

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS À LUZ DA LEI Nº 14.133/2021

87, 101;

CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE

149-150, 161, 166;

COVID

193-194;

COVID-19
55-61, 63-64, 199, 290, 307;

CRIME CONTRA A HUMANIDADE
194;

CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO NO EXTERIOR
172;

DA LICITAÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA
87, 92;

DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA
135, 149-150, 157;

DEFESA DO CONSUMIDOR E CONTRIBUINTE
245;

DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUITA
19, 30;

DESOBEDIÊNCIA CIVIL
199, 201-202, 204-205;

DIREITO À EDUCAÇÃO
55-56, 61-62, 64;

DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA
108, 115;

DIREITO À MORTE ASSISTIDA
108, 118;

DIREITO À SAÚDE
56, 61, 64, 215, 220;

DIREITO CONSTITUCIONAL
19, 131, 158, 160, 194, 223;

DIREITO DE MORRER
108-109, 112, 114, 118;

DIREITO DO CONSUMIDOR
82, 215, 249, 252, 259;

DIREITO FUNDAMENTAL
61, 64, 107-108, 122, 127, 135, 150, 152, 166, 215, 220, 223, 225, 227;

DIREITO PROCESSUAL PENAL
19;

DIREITOS FUNDAMENTAIS
28, 56, 61, 63-64, 112, 131, 134-135, 144-145, 149, 151-153, 157, 161-163, 165, 167, 223-226, 234-235;

DISTINGUISHING
215, 238;

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL
171, 175;

ESTADO DEMOCRÁTICO
29, 50, 126, 129, 137, 152, 158, 193, 204;

ESTATUTO DA OAB
87-89, 98-102, 104;

ÉTICA
113, 121, 158, 199, 201, 205;

EUTANÁSIA
108, 112-114, 116, 118, 120-121;

EXCLUSÃO DA SINGULARIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS
87, 101;

EXISTÊNCIA DE TRATADO INTERNACIONAL
171, 177, 179-181, 187;

FATO SOCIALMENTE RELEVANTE
250-251;

FORÇA LETAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA
140;

FREQUÊNCIA ESCOLAR
55, 60, 64;

FUNDAMENTALIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
149-150, 167;

GPA - GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT
211;

HABEAS DATA
248, 250;

HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE
215;

IDENTIFICAÇÃO DE COLETIVIDADES

66;

IMPOSSIBILIDADE DE COMPETIÇÃO

88, 93;

IMPOSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO

171-174, 176-177, 180-181, 184, 187;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

37-38, 40, 49, 100, 125, 127-128, 130, 132-135, 149-150, 152, 154-157, 159-164, 167;

IMUNIZAÇÃO

55, 58, 62-64;

INDIVIDUALISMO ONTOLÓGICO

66, 77;

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

87-89, 93-95, 98, 100-105;

INJUSTA AGRESSÃO

140-141;

INSUSTENTABILIDADE

149-150, 161;

INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA

215-218, 227, 234-238;

INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO COLETIVO

149, 161;

ISONOMIA

19, 22, 25-26, 28-29, 31, 223-224, 234;

LEGÍTIMA DEFESA POLICIAL

141;

LEI DE LICITAÇÕES

87-89, 92-93, 97, 99, 102, 104;

LETALIDADE POLICIAL

139-140, 144-147;

LEVINAS

199, 205;

LICITANTES ESTRANGEIROS

213;

LITÍGIOS COLETIVOS

66, 75, 78, 81;

MEDIDAS DIVERSIONISTAS

19-20;

MICROSSISTEMA

45, 65-66, 67, 81, 83, 149-150, 153-156, 158-159, 161-163, 165-167;

MINISTÉRIO PÚBLICO

19-25, 29-33, 35-38, 40-44, 49-51, 56-58, 61, 63-64, 71, 126, 144, 146, 153-154, 157, 159-160, 165-166, 211-213, 215, 236-237, 242-243, 245-246, 248, 252-253, 258, 263-264;

MORTE INTENCIONAL

139;

NATUREZA DAS CONTRATAÇÕES

213;

NEGACIONISMO

199-200;

ORTOTANÁSIA

120;

PANDEMIA

56, 59, 62, 199, 202;

PERCEPÇÕES IDEOLÓGICAS, CIENTÍFICAS, RELIGIOSAS E POLÍTICAS DOS INDIVÍDUOS

57;

PLANO DE SAÚDE

215-216, 219-220, 225, 227-228, 230-236, 238, 242;

PREMISSAS FILOSÓFICAS E SOCIOLOGICAS

65, 67, 71;

PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

89;

PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS

245, 262;

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

130-131, 167;

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

61, 64, 134-137, 164;

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
129;

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
132, 222;

PROCESSOS COLETIVOS
65-67, 70;

PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE
136;

PROTEÇÃO DA ECONOMIA POPULAR
251;

**REGIME DE PROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**
126;

**REQUISITO DE SINGULARIDADE
PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**
96;

**RETROATIVIDADE DA LEI PENAL HÍBRIDA
MAIS BENÉFICA**
19, 25;

SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS
87-89, 91-96, 98-101, 103-104;

SINGULARIDADE DO OBJETO
87-88, 96-97, 99-104;

SISTEMA *CONCENTRE SCORING*
260-262;

SISTEMA *CREDIT SCORING*
245, 252;

SUICÍDIO ASSISTIDO
112, 120-121;

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**
89, 92;

THOREAU
199, 202-203;

**TIRO DEFENSIVO NA PRESERVAÇÃO DA
VIDA**
143;

TRANSTORNOS PSIQUIÁTRICOS
215-216, 219, 231, 236;

TRATADO PLURILATERAL
211-212;

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
194;

VACINA
56, 58-59;

VACINAÇÃO INFANTIL
55, 57, 62, 64.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Agnaldo Alves

Controle Administrativo

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Karoline Lima

Charles Luiz

Vitória Barboza

Estagiários

Davi Kaptzki

Projeto Gráfico

Jonas Cruz

Design Gráfico

Foto da capa

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@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br